

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 103 (1984)

**Rubrik:** Protokoll der 118. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 12.12.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

Protokoll der  
118. Jahresversammlung des  
Schweizerischen Juristenvereins

vom 21. bis 23. September 1984 in Crans-Montana





Sitzung vom Samstag, dem 22. September 1984  
im Hôtel du Golf, Crans-Montana

Präsident:  
Dr. P. MENGIARDI, Basel

## I.

### Eröffnungsrede des Präsidenten

Der Präsident eröffnet die Sitzung um 08.30 Uhr mit folgenden Ausführungen:

Après 20 ans exactement, la Société suisse des juristes se réunit de nouveau dans le Canton du Valais pour son congrès annuel. En 1964, nous nous étions rencontrés sous la direction du professeur PETER JÄGGI, à Zermatt.

Crans-Montana n'est pas pour nous un nouveau lieu de réunion. La dernière fois que nous y étions, c'était en 1956. A cette époque déjà, nous avons traité un thème de droit public «De l'initiative en revision de la constitution dans les Etats Suisses, en particulier de l'initiative populaire» («Rechtsfragen der Volksinitiative auf Partialrevision»). Les rapporteurs étaient M<sup>e</sup> LOUIS DUPRAZ et le professeur WERNER KÄGI. Il semble que l'air de la montagne d'un canton alpin se prête particulièrement pour traiter de problèmes de droit constitutionnel.

Nous sommes très heureux de pouvoir, une nouvelle fois, organiser notre congrès dans ce merveilleux paysage et nous tenons à remercier très cordialement nos collègues valaisans de leur invitation et de leur hospitalité. Sous la direction compétente de M<sup>e</sup> GUY PRAPLAN, le comité d'organisation a fourni un

grand travail pour nous procurer un séjour agréable et, au début de notre congrès déjà, il a droit à tous nos remerciements. A notre époque où tout veut être payé, on est très agréablement touché de voir chaque année un comité cantonal prêt à accepter de fournir volontiers et à bien plaire un grand travail pour l'organisation de notre congrès. Nous pouvons être heureux que cet esprit de solidarité soit encore vivant dans notre profession et c'est dans ce sens que j'exprime ma gratitude et ma reconnaissance au comité d'organisation de cette année ainsi qu'aux organisateurs de nos précédents congrès.

Dans le même esprit de servir notre cause, les rédacteurs de la Revue suisse de jurisprudence et du «Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung» préparent chaque année un numéro spécial pour le congrès des juristes. Cela aussi mérite nos remerciements et notre reconnaissance.

Merci également aux représentants des autorités valaisannes qui nous ont déjà reçus amicalement hier soir et qui honorent notre congrès de leur présence.

Le Conseil d'Etat est représenté par M. FRANZ STEINER, chef du Département de justice et police du Canton du Valais.

M. HENRI GARD, président du Tribunal cantonal, et M. PIERRE FELLEY, président du Tribunal administratif, sont également parmi nous.

Ont également été invités comme représentants des Communes qui nous reçoivent: M. ULYSSE LAMON, de Lens, M. GÉRARD GASSER, de Mollens, M. JÉRÉMIE ROBYR, de Corin, M. JEAN-PIERRE CLIVAZ, de Montana/Vermala, M. GASTON BARRAS, de Crans, et M. GASTON BAGNOUD, d'Icogne.

Comme chaque année, les représentants des autorités fédérales nous font également l'honneur de leur présence. Je salue le professeur OTTO KONSTANTIN KAUFMANN, président du Tribunal fédéral, et M. GIORDANO BEATI, président du Tribunal fédéral des assurances.

Le chef du Département fédéral de justice et police, M. le conseiller fédéral RUDOLF FRIEDRICH, ne peut, à notre grand regret, pas prendre part à notre congrès cette année pour les raisons qui vous sont connues. Il est officiellement représenté par son secrétaire général, M. BENNO SCHNEIDER. M. FRIEDRICH s'est distingué, aussi durant son court mandat de conseiller fédéral, par une grande connaissance des matières et des traits de caractère – objectivité, indépendance, sincérité, courage – qui sont particulièrement appréciés dans nos milieux. Nous remercions M. FRIEDRICH des services désintéressés qu'il a

rendus à notre pays et lui souhaitons un prompt et complet rétablissement.

Nous nous réjouissons de la présence à notre Congrès de M. WALTER BUSER, Chancelier de la Confédération et nous lui souhaitons la bienvenue.

M<sup>c</sup> ERIC HOMBURGER, professeur, président de la Fédération suisse des avocats, est aussi notre hôte. La Société suisse des juristes et la Fédération suisse des avocats ont collaboré de manière particulièrement étroite l'année dernière. Je reviendrai sur ce point.

L'ordre des avocats valaisans a eu l'excellente idée de faire coïncider son assemblée annuelle avec le Congrès suisse des juristes. Hier soir déjà, nous avons eu le plaisir de saluer de nombreux juristes valaisans parmi nous et nous nous réjouissons de voir ces collègues participer également à nos discussions. Je suis sûr que ces contacts pousseront ceux d'entre eux qui ne sont pas encore membres de notre association à y adhérer.

Des représentants de la presse et de la Télévision Suisse romande suivent les travaux de notre congrès. Nous les remercions de l'intérêt qu'ils portent aux affaires des juristes suisses.

Quant à vous, Messieurs les rapporteurs, chers membres, soyez également tous les bienvenus ici à Crans-Montana. Le Congrès des juristes 1984 est ouvert.

## II.

### Tagesordnung der Verwaltungsgeschäfte

#### *1. Bezeichnung der Sekretäre und Stimmenzähler*

Auf Vorschlag des Präsidenten wählt die Versammlung als Sekretäre:

ALBERT REY-MERMET, lic. iur., Advokat und Notar

MICHÈLE M. SALMONY, lic. iur.

und als Stimmenzähler:

MICHEL DUCROT, lic. iur., Advokat und Notar

LORENZ MEYER, Prof. Dr. iur.

## 2. Bericht des Präsidenten

1. In Fortsetzung der bereits im letzten Geschäftsjahr eingeleiteten Politik waren wir bestrebt, die Kontakte mit dem Schweiz. Nationalfonds und der Schweiz. Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft zu intensivieren, mit dem Ziel besserer Information und Koordination. Zu diesem Zweck fand eine Aussprache zwischen unserem Vertreter beim Schweiz. Nationalfonds, Herrn Prof. Christian Dominicé, und dem Vorstand statt. Unser Vertreter in der Schweiz. Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft, Herr Prof. Dufour, hat im Verlaufe des Vereinsjahres demissioniert. Als sein Nachfolger hat der Vorstand Herrn Prof. Dr. Etienne Grisel, Lausanne, vorgeschlagen. Wir danken Herrn Prof. Dufour für die geleistete Arbeit und beglückwünschen Herrn Prof. Grisel zu seiner neuen Funktion.

Der Vorstand ist im vergangenen Geschäftsjahr von der Schweiz. Geisteswissenschaftlichen Gesellschaft aufgefordert worden, zuhanden des Schweiz. Wissenschaftsrates einen Beitrag über die Aufgaben und Zielvorstellungen der Forschungspolitik des Bundes in den Jahren 1988 bis 1991 zu leisten. Wir haben uns dieser Aufgabe gerne unterzogen und unsere Stellungnahme Ende Oktober 1983 abgeliefert. Wir sind gerne bereit, interessierten Mitgliedern in diese Arbeit Einblick zu gewähren. Für eine detaillierte Berichterstattung in dieser Versammlung fehlt leider die Zeit.

Wer die jeweilige Jahresrechnung unseres Vereins besonders aufmerksam studiert hat, wird festgestellt haben, daß der Fonds Dr. Arnold Janggen seit langem den Schlaf des Gerechten schlief. Der Vorstand hat beschlossen, diesen Fonds zu aktivieren und jährlich Preise für ausgezeichnete Dissertationen zu verleihen. In diesem Sinn haben wir alle juristischen Fakultäten angeschrieben und sie gebeten, uns Vorschläge zu unterbreiten. Ein Ausschuß unseres Vorstandes hat die Dissertationen gewürdigt. Es freut mich sehr, daß ich heute vor dieser Versammlung zwei junge Juristen für ausgezeichnete wissenschaftliche Arbeit auszeichnen darf.

Die Preise von je Fr. 3000.– wurden verliehen an:

PIERRE-YVES GREBER, Bernex/Genf, für seine Dissertation «Les principes fondamentaux du droit international et du droit suisse de la sécurité sociale»

und an

CHRISTOPH ZENGER, Dieterswil, für seine Dissertation «Die

Bedeutung der Freiheit der wirtschaftlichen Entfaltung für eine freie Berufswahl».

**Preisverleihung und Laudatio:**

Herr GREBER, Sie haben mit großer Ausdauer ein vernachlässigtes Gebiet der Wissenschaft, das Recht der sozialen Sicherheit der Schweiz, in Würdigung seiner gesellschaftlichen Hauptaufgaben unter grundsätzlichen Aspekten durchleuchtet. Ein besonderes Verdienst der Arbeit sehen wir darin, daß Sie trotz der Stofffülle, die zu berücksichtigen war, die grundlegenden Strukturen an Hand dogmatischer Leitgrundsätze offengelegt und so der Wissenschaft und Praxis einen hervorragenden Dienst geleistet haben. Der Einbezug der internationalrechtlichen Gesichtspunkte gibt Ihrer Arbeit einen besonderen Wert.

Herr ZENGER, Sie haben in Ihrer Dissertation über die Berufswahlfreiheit in einer glücklichen Verbindung juristisch-dogmatischer Durchdringung und sozialwissenschaftlicher Analyse dem Grundrecht der Handels- und Gewerbefreiheit neue Aktualität verliehen. Der Preis gilt dem Mut zu neuen Methoden verfassungsrechtlichen Forschens, den zukunftsweisenden Erkenntnissen, die Sie vorlegen und der Sorgfalt, mit der Sie den großen und schwierigen Stoff behandelten.

Über die wissenschaftliche Tätigkeit der Stiftung Rechtsquellenfonds des SJV wird morgen gesondert berichtet.

2. Im administrativen Bereich haben wir versucht, das alte Problem der Doppelzustellungen unserer Mitteilungen und Publikationen und der Zeitschrift für Schweizerisches Recht zu lösen. Die Umfrage hat gezeigt, daß dafür ein Bedürfnis bestand. Viele Vereinsmitglieder, die zugleich Abonnenten der Zeitschrift für Schweizerisches Recht sind, haben auf eine Doppelzustellung verzichtet.

Gemessen an der Entwicklung der Mitgliederzahl – nicht unbedingt auch an der Teilnehmerzahl unserer jährlichen Kongresse – erfreut sich unser Verein eines großen Zuspruchs. Der Mitgliederbestand ist im vergangenen Vereinsjahr von 3660 um 103 auf 3763 gewachsen. 215 Eintritten stehen 81 Austritte gegenüber. 31 Mitglieder sind verstorben. Die namentliche Liste ist Ihren Tagungsunterlagen beigelegt und wird ins Protokoll aufgenommen. Wir gedenken auch dieses Jahr vor dieser Versammlung unserer verstorbenen Mitglieder und sind ihnen für ihre Treue zu unserem Verein dankbar.

3. In meinem letztjährigen Bericht habe ich die Gründe des Vorstandes dargelegt, die uns dazu führten, unseren jährlichen Kongreß in der traditionellen Form fortzusetzen. Offen blieb die Frage, ob es noch zeitgemäß sei, unsere Tagung am Samstag



und am Sonntag durchzuführen. Der Vorstand hat dieses Problem eingehend beraten und beschlossen, heute darüber eine konsultative Abstimmung durchzuführen. In Ihren Tagungsunterlagen finden Sie einen Stimmzettel mit der Frage, ob Sie wünschen, daß unser Kongreß um einen Tag auf Freitag/Samstag vorverlegt wird. Ich bitte Sie, diesen Zettel bis am Ende unserer heutigen Sitzung in die am Eingang aufgestellte Urne zu werfen. Gestützt auf das Ergebnis dieser Abstimmung wird der Vorstand einen definitiven Beschluß fassen, der sich jedoch erst auf den Juristentag 1986 auswirken wird, da die Termine für den Juristentag 1985 bereits festgelegt werden mußten.

Ein zweites Thema zur Gestaltung unseres Kongresses ist die Wahl der Referate und die Art der Diskussion. Ich erinnere Sie an den früheren Beschluß des Vorstandes, wonach wir dieses und nächstes Jahr etwas von der üblichen Linie abweichen, um Erfahrungen zu sammeln und später daraus Schlußfolgerungen zu ziehen. Dieses Jahr haben wir zwei Gegenstände gewählt, die miteinander in einem engen Zusammenhang stehen, aber trotzdem von vier Mitgliedern bearbeitet worden sind. Damit soll versucht werden, einen Themenkreis zu vertiefen. Die Tatsache, daß unsere heutigen Verhandlungsgegenstände dem Bundesstaatsrecht zugeordnet sind, das die traditionelle Gliederung in öffentliches und privates Recht in einem gewissen Sinne überdacht, dürfte vielleicht die Zivilrechtler unter uns, die das Gefühl haben könnten, sie seien zu wenig berücksichtigt, doch etwas trösten. Wir hoffen, daß *Verfassungsprobleme* das Interesse der Juristen aller Richtungen finden. Für das Jahr 1985 haben wir uns vorgenommen, ein einziges Thema zu behandeln, es durch zwei Berichterstatter bearbeiten zu lassen und dann durch kleine Referate von Spezialisten aus der Praxis zu vertiefen. Es handelt sich um das umfassende und brisante Thema der Wirtschaftskriminalität. Wer sich näher damit befaßt, weiß, daß damit nicht nur die Strafrechtler, sondern ebenso sehr die Zivilrechtler und insbesondere die Handelsrechtler angesprochen sind. Da wir den Juristentag 1986 bereits organisieren mußten und im heutigen Zeitpunkt die Erfahrungen aus diesen Tagungen noch nicht vorliegen, ist dieser Juristentag wiederum nach konventioneller Art gestaltet. Wir werden folgende Themen behandeln:

«Der Reisevertrag» – Berichterstatter sind die Professoren Prof. Dr. ANDREAS GIRSBERGER, Zürich, und BERND STAUDER, Genf – und «Verfassungsgrundsätze der schweizerischen

Außenpolitik» – Berichterstatter sind Herr Dr. WALTER KÄLIN, gegenwärtig Cambridge/USA, und Herr Botschafter JEAN MONNIER, Eidg. Departement für auswärtige Angelegenheiten.

4. Wie bereits letztes Jahr angekündigt, befaßt sich der Schweiz. Juristenverein in enger Zusammenarbeit mit dem Schweiz. Anwaltsverband mit der Koordination aller Bemühungen zur Erleichterung unserer Arbeit durch Einsatz der elektronischen Datenverarbeitung. Im Herbst letzten Jahres haben der Schweiz. Anwaltsverband und unser Verein die interessierten Kreise aus der ganzen Schweiz eingeladen, in einer Realisierungsexperten-Gruppe mitzuwirken, welche die Weichen für das Projekt stellen soll. Es freut uns außerordentlich, daß alle angesprochenen Kreise positiv reagiert und großes Interesse an der Realisierung gezeigt haben. Leider reicht die Zeit nicht aus, um in diesem Kreise über dieses Problem im Detail zu berichten. Frau Dr. KATHARINA SAMELI, welche im Auftrag unseres Vorstandes dieses Problem bearbeitet, und der Unterzeichnete sind gerne bereit, den Interessierten nähere Erläuterungen zu geben. Hier kann ich lediglich über den derzeitigen Stand der Vorarbeiten kurz orientieren.

Die Realisierungsexperten-Gruppe, in der neben dem Schweiz. Anwaltsverband und dem Schweiz. Juristenverein der Bund, das Bundesgericht und das Eidg. Versicherungsgericht, die kantonalen Gerichte, die Rechtsfakultäten, die Unternehmensjuristen, die Vereinigung schweizerischer Rechtsbibliothekare sowie die Verleger der Rechtsliteratur vertreten sind, haben am 12. September in Aussicht genommen, zur Koordination aller bereits eingeleiteten Aktivitäten sowie zur Erarbeitung eines Feinkonzeptes einer schweizerischen juristischen Datenbank einen Verein zu gründen. Dieses Feinkonzept soll bis Ende 1985 vorliegen. Dannzumal sollte auch feststehen, welche definitive Organisationsform zur Verwirklichung des Projektes geeignet ist. Das hängt u. a. von der Lösung der finanziellen Probleme ab.

Zweck der schweizerischen juristischen Datenbank – in Wirklichkeit werden es verschiedene aufeinander abgestimmte Datenbanken sein – ist es, einem möglichst großen Kreis von Interessenten den Zugang zum juristischen Material zu erleichtern, unter möglichst günstigen praktischen und ökonomischen Bedingungen. Sie ist somit als ergänzendes Arbeitsinstrument, nicht als Ersatz für existierende und zukünftige Publikationen gedacht. Langfristig soll die juristische Datenbank die Ver-



öffentlichungen in den Bereichen Judikatur, Gesetzgebung und Literatur möglichst vollständig erfassen, und zwar jedenfalls auf den Ebenen Bund, Kantone und Gemeinden. Nach Möglichkeit sollen in gewissen Bereichen auch ausländische Daten erfaßt werden. Eine bei Erarbeitung des Feinkonzeptes durchzuführende Marktstudie wird die Bedürfnisse der Benutzer noch präziser abzuklären haben. Kurzfristig ist schrittweise vorzugehen. In erster Linie sind jene Datenbanken zu entwickeln, die sich bereits in einem fortgeschrittenen Stadium befinden, damit möglichst bald konkrete Ergebnisse vorliegen.

Ihr Vorstand beantragt Ihnen, diesem Verein als Gründungsmitglied beizutreten und ersucht Sie, dafür Fr. 10 000.– zur Verfügung zu stellen. Dieser Betrag ist im Budgetentwurf eingestellt. Wir werden später darüber beraten.

5. Gestatten Sie mir abschließend noch einige persönliche Bemerkungen zu unseren heutigen Tagesthemen, die die Grundfragen unseres Bundesstaatsrechts berühren.

Als der Vorstand vor drei Jahren diese Themen zum Verhandlungsgegenstand wählte, war die Diskussion um die Totalrevision der Bundesverfassung noch angeregt. Seither ist es in dieser Frage recht still geworden. Zwar hat der Bundesrat 1983 beschlossen, der Bundesversammlung einen Zwischenbericht über den Stand der Arbeit zuhanden des Parlaments vorzulegen, der noch in diesem Jahr fertigerstellt werden soll. Der Bericht über die Totalrevision der Bundesverfassung gehört auch nach Meinung des Nationalrates zu den 30 Geschäften erster Priorität, die bis 1987, wenn möglich in beiden Räten, behandelt werden sollen. Das 1981 in Angriff genommene Problem der Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen bildet nach wie vor einen Schwerpunkt der Regierungspolitik des Bundesrates und soll während der laufenden Legislaturperiode weiterbearbeitet werden. Trotzdem scheint das feu sacré für eine Totalrevision der Bundesverfassung in unserem Lande gegenwärtig nicht gerade strahlend zu leuchten.

In dieser Situation haben uns diesen Frühsommer zwei prominente Vereinsmitglieder, die beiden Staatsrechtsprofessoren ALFRED KÖLZ, Berichterstatter des letzten Juristentages, und unser Vorstandsmitglied, JÖRG PAUL MÜLLER, der 1973 in unserem Kreise über soziale Grundrechte in der Verfassung referierte, mit einem neuen Verfassungsentwurf überrascht. Die Frage, ob dadurch die Diskussion um die Totalrevision der Bundesverfassung wiederbelebt worden ist, ist noch offen.

Angesichts dieser Lage kann man sich fragen, ob unsere heutigen Tagesthemen aktuell genug sind und allgemeines Interesse finden. Ich möchte diese Frage bejahen. Zwar kann man in guten Treuen darüber streiten, ob die Zeit für eine Totalrevision der Bundesverfassung, die mehr sein will als lediglich eine rechtsästhetische Übung, reif sei. Das ist indessen nach meiner Meinung im heutigen Zeitpunkt nicht die zentrale Frage. Glücklicherweise leben wir nicht in der Situation außerordentlicher politischer Umbrüche, in der es möglich und nötig ist, in wenigen Wochen oder Monaten eine neue Verfassung durchzusetzen. Es wäre aber ein Irrtum zu glauben, außerhalb dieser Situation sei es unmöglich und unnötig, über grundlegende Verfassungsrevisionen nachzudenken und zu diskutieren.

Niemand wird bestreiten, daß gegenwärtig zum mindesten eine dynamische Evolution im Gange ist. Es vergeht kaum eine Woche, ohne daß die Presse im politischen, im wirtschaftlichen oder im kulturellen Teil über den Prozeß des Wert- und Strukturwandels berichtet. Können wir es uns leisten, in einer solchen Situation die Diskussion darüber, ob unsere Bundesverfassung dieser Lage noch gerecht wird, als nicht aktuell zu artikulieren?

Ich habe von Diskussion gesprochen und nicht von Revision. Es versteht sich von selbst, daß in unserer heutigen Situation der Reifeprozeß für eine Revision viel länger dauert, als in Zeiten großer politischer Umwälzungen. Das ist aber auch ein großer Vorteil. Er gibt uns Gelegenheit, die Probleme in Ruhe zu diskutieren, die zentralen Fragen wissenschaftlich anzugehen und die politischen Positionen nach sorgfältiger Abwägung zu beziehen. Ob daraus eine Totalrevision oder eine Folge von aufeinander abgestimmten Partialrevisionen resultiert, dürfte eher eine Frage politischer Raison sein.

In diesem langen Reifeprozeß will der Schweiz. Juristenverein, seiner Tradition treu bleibend, seinen Beitrag leisten. Die Probleme der Demokratie und des Föderalismus gehören nach meiner Meinung neben jenen der Grundrechte, der Wirtschaftsverfassung, der Landesverteidigung und der Außenpolitik, des Sozialstaates und des Umweltschutzes nach wie vor zu den wichtigsten unseres Bundesstaates. Wie unsere Berichtstatter im Detail belegt haben und heute noch unterstreichen werden, stehen sie zueinander in einem engen Zusammenhang und schließen die Frage nach der Partizipation in unserem Staatswesen mit ein. Es ist nicht nur neu zu überdenken, wie die Staatsaufgaben am zweckmäßigsten zwischen dem Bund und

den Kantonen aufzuteilen sind, damit die Postulate nach Bürgernähe und Effizienz erfüllt sind. Es geht auch um die Grundfrage nach den Staatsaufgaben überhaupt, den Möglichkeiten und den Grenzen staatlicher Tätigkeit. Die Frage nach den Freiräumen, die früher aus liberaler Sicht eng mit jener nach den Grundrechten verbunden war, stellt sich erneut, in einem Zeitpunkt, in welchem die Staatseuphorie abzuklingen scheint und mancher unter uns sich fragt, ob es nicht eine Illusion oder ein Irrweg sei, vom Staat die Lösung möglichst aller gesellschaftlicher Probleme zu erwarten.

Daß diese Fragen sich heute besonders akzentuiert stellen, wird kaum jemand bestreiten.

Damit kommen wir zu einer zweiten und letzten Frage. Die Berichtstatter haben sie bereits aufgeworfen. Sind die Grundprobleme unseres Bundesstaatsrechtes nicht derart politisch, daß die Juristen lieber davon Abstand nehmen sollten? Ist eine wissenschaftliche Bearbeitung dieser Problematik überhaupt möglich? Darüber werden wir heute und morgen noch diskutieren. Die Antwort hängt natürlich vom Verständnis der Aufgabe ab, die wir am Recht haben.

Gehen wir davon aus, daß wir alle Diener an der Rechtsverwirklichung sind – das ist jedenfalls mein Ansatzpunkt –, so steht außer Zweifel, daß wir das politische Element im Recht nicht nur nicht leugnen dürfen, sondern uns mit ihm ernsthaft befassen müssen. Das haben jedenfalls die Mitglieder des Juristenvereins immer getan, seit es unseren Verein gibt. Der politische Akzent war vor allem in den Gründerjahren besonders ausgeprägt. Wenn wir also heute zugegebenermaßen zwei Themen behandeln, die politisch gefärbt sind, folgen wir nur einer alten Vereinstradition.

Als praktisch erfahrene Juristen wissen wir im übrigen, daß auch das aus der politischen Diskussion entstandene normierte Recht die Rechtsordnung nur unvollständig wiedergibt. Recht, als Prozeß der Rechtsverwirklichung verstanden, lebt vom dauernden Spannungsverhältnis zwischen der Norm und dem Wandel der Umwelt und der Werte. Rechtsverwirklichung im Sinne der Arbeit an neuem und der Anwendung bestehenden Rechts wird im übrigen nicht nur von politischen oder wissenschaftlichen Positionen mitbestimmt, sondern auch von der Art und Weise, wie die betroffenen Menschen aufeinander hören und miteinander reden, wieweit sie sich gegenseitig achten, welchen Gebrauch sie von der ihnen zustehenden Macht machen. Es gibt nicht nur eine politische Kultur – darauf ist in den

Referaten wiederholt hingewiesen worden –, es gibt auch eine Rechtskultur. In dieser Beziehung dürfen wir uns im internationalen Bereich durchaus sehen lassen. Das mag uns da und dort über weniger schöne Gesetze und Verfassungen hinwegtrösten.

Mein Vorgänger im Amt, JACQUES MATILE, hat in seinem letzten Amtsjahr einen Appell zur personellen Verstärkung unserer höchsten Gerichte erlassen, damit unsere Bürger den Glauben an die Effizienz unserer Rechtsordnung nicht verlieren. Wie Sie wissen, haben die eidgenössischen Räte in der Märzsession entsprechende Maßnahmen beschlossen. Darüber freuen wir uns, obwohl wir uns nicht anmaßen, das Verdienst dafür für uns in Anspruch zu nehmen. So ehrgeizig sind wir nicht; wir wollen aber unserer Tradition treu bleiben und Grundfragen der schweizerischen Rechtsverwirklichung in diesem Kreise diskutieren und Impulse nach außen tragen. Zu diesen Grundfragen gehören auch unser Demokratieverständnis und das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen. Indem der Vorstand diese zwei Grundprobleme unseres Staates als Tagungsthemen dieses Juristentages wählte, hoffte er, einen Beitrag zur Lebendighaltung unserer Demokratie und unseres Föderalismus zu leisten. Am Gesetz- und Verfassungsgeber wird es liegen, konkrete Schritte der Rechtsverwirklichung zu vollziehen.

Bevor ich schließe, möchte ich auch vereinsintern danken, Ihnen, meine sehr verehrten Damen und Herren, für Ihre Treue, Ihr Interesse und Ihren Besuch unserer Tagungen, meinen Kollegen im Vorstand sowie unserem unermüdlichen Archivar, Herrn JEAN-WERNER SIGNER, die mir während des ganzen Jahres geholfen haben, die Vereinsgeschäfte zu leiten, insbesondere aber auch unseren Referenten, welche die Hauptarbeit für den heutigen Tag geleistet haben.

*Mutationen*

## Dem Verein sind beigetreten

(Stand 5. 8. 1984)

*Zürich*

Dr. Hubert Achermann, Rechtsanwalt, Zollikon  
Daniel Aerni, Rechtsanwalt, Zürich  
François Baur, stud. iur., Rüschlikon  
Georges S. Baur, stud. iur., Rüschlikon  
Helen Benzerfa, Rechtsanwalt, Zürich  
Heinz Brand, lic. iur., Zürich  
Dr. Peter Breitschmid, Gerichtsssekretär, Zürich  
Dr. Lukas Briner, Vizedirektor der Zürcher Handelskammer, Wermatswil  
Mathias Brüscheiler, stud. iur., Rüti ZH  
Roland Bühler, Rechtsanwalt, Zürich  
Dr. George Daetwyler, Obergerichtsssekretär, Bülach  
Marco Del Fabro, lic. iur., Rüschlikon  
Dr. Marco Duss, Steuerexperte VSB, Zürich  
Johnnie F. Filthaut-Davis, Attorney at US Law, Zürich  
Jürg Frehner, lic. iur., Wallisellen  
Paul Frei, lic. iur., Zürich  
Marcel Frey, stud. iur., Zürich  
Olga Gamma, stud. iur., Zürich  
Dr. Roger Giroud, Rechtsanwalt, Zürich  
Dr. Daniel E. Gundelfinger, Rechtsanwalt, Rüschlikon  
Christoph Haab, lic. oec. publ., Zollikerberg  
Richard Haab, lic. oec. publ., Zollikerberg  
Dr. Walther Jakob Habscheid, ord. Professor Uni Zürich, Meilen  
Isabelle Häner, lic. iur., Affoltern a. A.  
Hans Peter Häring, lic. iur., Wettswil  
Margareta Heitz-Egli, stud. iur., Oetwil am See  
Felix Huber, stud. iur., Elgg  
Jürg-Christian Hürlimann, lic. iur., Auditor, Effretikon  
Erich Kaufmann, lic. iur., Auditor, Zürich  
Dr. Bruno A. Kläusli, Rechtskonsulent, Zürich  
Markus E. Kronauer, stud. iur., Küsnacht  
Eleonore Küenzi, lic. iur., Auditorin, Zürich  
Regula Kunz, lic. iur., Auditorin, Zürich  
Patrick F. Liechti, lic. en droit, directeur, Küsnacht  
Dr. Doris Meyer, Rechtsanwältin, Zürich  
Willy Meyer, lic. iur., Andelfingen  
Michael Neumann, lic. iur., Zürich  
Barbara Ott, stud. iur., Winterthur  
Adrian Plüss, stud. iur., Feldmeilen  
Dalia Pugatsch, lic. iur., Forch  
Georg Rauber, lic. iur., Zürich  
Dr. Marc Ronca, Rechtsanwalt, Zürich  
Robert Rupf, lic. iur., Egg ZH

Peter Urs Rütimann, lic. iur., Winterthur  
Susanne Suter-Wick, Rechtsanwältin, Zürich  
Dr. Christian Schmid, Rechtsanwalt, Zürich  
Carl Stadelhofer, Rechtsanwalt, Zürich  
Urs Stirnimann, lic. iur., Zürich  
Walter Studer, Rechtsanwalt, Otelfingen  
Josef Vogel, Gerichtsssekretär, Zürich  
Martin Weber, lic. iur., Küsnacht  
Rolf Weber, Rechtsanwalt, Horgen  
Kurt Zollinger, lic. iur., Meilen

*Bern*

Alfred Brun, Fürsprecher, Bremgarten  
François Contini, lic. iur., Biel  
Martin Dumermuth, Fürsprecher, Thun  
Ursula von Graffenried, Fürsprecherin, Bern  
Hanspeter Kernen, Fürsprecher und Notar, Thun  
Rudolf Meier, Fürsprecher und Notar, Biel  
Stephan Spycher, Fürsprecher, Bern  
Eva Schaller, Fürsprecherin, Burgistein-Dorf  
Dr. Paul Volken, Meikirch  
Dr. Hans Werder, Fürsprecher, Bern  
Hans-Urs Wili, lic. iur., Lyß

*Luzern*

Fritz Keller, Rechtsanwalt, Ebikon  
Stefan Mattmann, lic. iur., Ebikon

*Obwalden*

Dr. Titus F. Pachmann, Rechtsanwalt, Sachseln

*Nidwalden*

Philipp Ulrich Weber, Bundesgerichtsssekretär EVG, Stansstad

*Zug*

Dr. Marco Weiss, Rechtsanwalt, Steinhausen

*Fribourg*

Georges Braid, lic. en droit, Fribourg  
Luke Gillon, lic. en droit, Fribourg  
Florence Girault, étudiante en droit, Fribourg  
Albert Nussbaumer, avocat, Fribourg  
Dominique Schmid, juriste, Fribourg  
Michel Tinguely, avocat, Bulle  
Pierre Wicht, étudiant en droit, Fribourg  
Bernhard Wittum, étudiant en droit, Fribourg



*Solothurn*

Dr. Bernhard Hammer, Fürsprech und Notar, Solothurn  
Dr. Daniel Rauber, Rechtspraktikant, Bettlach  
Robert Vogel, Fürsprecher, Schönenwerd

*Basel-Stadt*

Daniel Boerlin, lic. iur., Basel  
Klara Brogli, lic. iur., Basel  
Denise Buser, stud. iur., Riehen  
Petra Dupps, stud. iur., Basel  
Markus von Escher, stud. iur., Basel  
Dr. Thomas Gelzer, Jurist, Basel  
Jutta Huber, stud. iur., Basel  
Bruno Lötscher, lic. iur., Basel  
Alfred Münch, stud. iur., Basel  
Thomas von Planta, stud. iur., Basel  
Dr. Georg Rüegg, Advokat, Basel  
Doris Russi, Rechtsanwältin, Basel  
Michèle M. Salmony, lic. iur., Basel  
Hans Jakob Speich, lic. iur., Basel  
Sandra Schaeppi, stud. iur., Basel  
Dieter Schwank, Jurist, Riehen  
Liselotte Staehelin, stud. iur., Basel  
Felix Stotz, lic. iur., Basel  
Martin Tremblau-Omlin, stud. iur., Basel  
Hanspeter Wüstiner, Jurist, Basel

*Basel-Land*

Dr. Bernhard Bodmer, Advokat und Notar, Reinach  
Peter Bulacher, lic. iur., Ettingen  
Gabrielle Grether, stud. iur., Pfeffingen  
Hedwig Huth-Fleig, lic. iur., Birsfelden  
Urs Pfander, stud. iur., Arlesheim  
Thomas Rudin, stud. iur., Therwil  
Michelle-Anne Salathé, stud. iur., Reinach  
Monika Schmitt, stud. iur., Muttenz  
Cornelia Schuler, stud. iur., Reinach  
Peter Uebersax, lic. iur., Binningen  
Martin Wicki, Advokat, Liestal

*Schaffhausen*

Leo Schmid, Rechtsanwalt, Ramsen

*St. Gallen*

Marc Burckhardt, lic. iur., St. Gallen  
Dölf Gmür, lic. iur., Gossau  
Walter Kobler, stud. iur., St. Gallen

Armin Linder, Rechtsanwalt, St. Gallen  
Andreas Mäder, stud. iur., St. Gallen  
Stephan Mullis, stud. iur., St. Gallen  
Karin Studerus, lic. iur., St. Gallen  
Dieter Trümpy, stud. iur., St. Gallen

*Aargau*

Andreas Baumann, Gerichtsschreiber, Aarau  
Dr. Beatrice Biland-Zimmermann, Rechtsanwältin, Baden  
Dr. Fridolin Biland, Rechtsanwalt und Notar, Baden  
Andreas Binder, Wirtschaftsjurist, Baden  
Peter Birchmeier, lic. iur., Oberfrick  
Niklaus Brändli, Fürsprecher, Aarau  
Dr. Christian Brunner, Fürsprecher, Zofingen  
Dr. René Bussien, Rechtsanwalt, Baden  
Marcel Buttlinger, lic. iur., Lenzburg  
Dr. Peter Conrad, Fürsprech, Baden  
Beat Edelman, Fürsprech, Zurzach  
Valentin Egloff, lic. iur., Wettingen  
Philip Funk, stud. iur., Ennetbaden  
Dr. Monika Haller, Obergerichtsschreiberin, Aarau  
Dr. Roland Haller-Gimelli, Fürsprecher und Notar, Muri  
Werner Huber, Oberrichter, Wohlen  
Regina Küng, Fürsprecherin, Wettingen  
Ruth Lanz-Bosshard, Fürsprecherin, Zofingen  
Dr. Ewald Meier, Fürsprecher, Chef Gewerbepolizei, Aarau  
Dr. René Müller, Fürsprecher, Brugg  
Franz Nyffeler, Fürsprecher, Aarau  
Dr. Niklaus Walter Real, Fürsprecher, Wittnau  
Martin Sigg, lic. iur., Aarau  
Werner Wicki, Fürsprecher, Untersiggenthal  
Beatrice Wirth, lic. iur., Aarau  
Urs Wuffli, Oberrichter, Aarau  
Rolf Zimmermann, stud. iur., Döttingen  
Rudolf Zinniker, Gerichtsschreiber, Suhr  
Andreas Zünd, Rechtsanwalt, Wohlen

*Thurgau*

Thomas Schärer, stud. iur., Egnach

*Ticino*

Giovanni Augugliaro, lic. iur., Ligornetto  
Paolo Bernasconi, lic. iur., Lugano  
Emilio Bianchi, lic. iur., Lugano  
Mario Borradori, studente in diritto, Lugano  
Giovanni Celio, studente in diritto, Faido  
Nahla Codoni, lic. iur., Lugano  
Roberto E. Conza, avvocato e notaio, Bellinzona  
Lucilla Ferroni, giurista, Manno



Fabio Gaggini, giurista, Massagno  
Angelo Jun. Jelmini, lic. iur., Pregassona  
Ettore Iten, dott. in giurisprudenza, Massagno  
Philippe Daniel Matthey, studente in diritto, Aranno  
Edy Meli, lic. iur., Ponte-Tresa  
Fabrizio Mion, giurista, Lugano  
Riccardo Müller, lic. iur., Lugano  
Marco Netzer, lic. iur., Paradiso  
Luigi R. Rossi, avvocato, Arzo  
Valenti Vito, studente in diritto, Ruvigliana

### *Vaud*

Blaise Battistolo, lic. en droit, Lausanne  
Andrea Braconi, juriste, Lausanne  
Dominique Brandt, lic. en droit, St-Sulpice  
Eric Félix, notaire, Aubonne  
Dominique Graz, lic. en droit, Epalinges  
Renaud Lattion, lic. en droit, Pully  
Bernard Loup, juriste, Lausanne  
Marie-Claude Paillard, étudiante en droit, Crissier  
Christophe Piguet, D<sup>r</sup> en droit, Lausanne  
Paul-Henri Pittet, étudiant en droit, Ecublens  
Philippe Tanner, lic. en droit, Grandson  
Denis Tappy, greffier, Lausanne  
Jean-Luc Tschumy, lic. en droit, Lausanne  
David Werner, D<sup>r</sup> en droit, Epalinges  
Marlies Wohlhauser-Kauer, lic. en droit, Lausanne

### *Valais*

Daniel Cipolla, avocat et notaire, Martigny  
Alain Cottagnoud, avocat et notaire, Sion  
Jean-Pierre Derivaz, greffier, Sierre  
Paul-Henri Moix, étudiant en droit, Sion  
Auguste Supersaxo, avocat et notaire, Viège  
François Veuthey, lic. en droit, Martigny  
Robert Wuest, avocat et notaire, Sierre

### *Neuchâtel*

Pierre Aubert, étudiant en droit, Peseux  
Didier Berberat, lic. en droit, La Chaux-de-Fonds  
François Berger, avocat, Neuchâtel  
Stefan Blättler, lic. en droit, Neuchâtel  
Pierre Cornu, lic. en droit, Neuchâtel  
Josiane De Luca, étudiante en droit, Neuchâtel  
Sylvie Favre, lic. en droit, La Chaux-de-Fonds  
Laurence Hänni, avocate, Neuchâtel  
Marie-Françoise Schaad, lic. en droit, Neuchâtel  
Jean-Claude Schweizer, lic. en droit, La Chaux-de-Fonds  
Ezio Tranini, lic. en droit, Fleurier  
Delphine Tuetey, étudiante en droit, Le Locle

*Genève*

Jean-Denis André, juriste, Carouge  
 Thomas Daniel, lic. en droit, Genève  
 Corinne Dumont, lic. en droit, Petit-Lancy  
 Lotfallah El-Yazigi, lic. en droit, directeur, Vézenaz  
 Thierry Favre, lic. en droit, Genève  
 Bénédict Fontanet, lic. en droit, Chêne-Bougeries  
 Jean-Luc Herbez, avocat, Genève  
 Vincent Jeanneret, lic. en droit, Genève  
 Jean-Louis Kaiser, avocat, Genève  
 Georges Pittet, lic. en droit, Thônex  
 Anne Reiser, lic. en droit, Genève  
 Corinne Teyssière, lic. en droit, Genève  
 Olivier Wasmer, lic. en droit, Genève

Gestorben sind folgende Mitglieder

Eintritts-  
jahr

1938 Mario Agustoni, dott. in legge, avvocato e notaio, Bellinzona  
 1936 Dr. Achille Ammann, Oberwil  
 1947 Pierre Ballif, notaire, Cully  
 1960 Hans Burn, Obergerichter, Bern  
 1961 Bixio Celio, avvocato e notaio, Faido  
 1982 Richard Derivaz, lic. en droit, Sierre  
 1961 Georges Droz, avocat, Tavannes  
 1958 Emanuel Dupraz, avocat, Fribourg  
 1953 Dr. Kurt Fisch, alt Kantonsrichter, St. Gallen  
 1982 Bernard Geinoz, Rosé  
 1950 Dr. Walter Geiser, Fürsprecher, Bern  
 1969 Reto Giuliani, Rechtsanwalt, Zuoz  
 1967 Dr. Anton Hofstetter, Rechtsanwalt, Weesen  
 1943 Dr. Adolf Jann, Zürich  
 1934 Roland Jaton, Dr en droit, avocat, Lausanne  
 1976 Hans Rudolf Kuhn, Fürsprecher, Wabern  
 1978 Mario Morganti, avvocato, Lugano  
 1957 Dr. Hans Müller, Staatsanwalt, Aarau  
 1956 Henri Niess, Dr en droit, avocat, Lausanne  
 1945 Jean Ott, avocat, Neuchâtel  
 1939 Dr. Samuel Reusser, Obergerichter, Muri  
 1966 Jean-Michel Roulin, Dr en droit, avocat, Lausanne  
 1941 Dr. Gregor Schech, Rechtsanwalt, Zug  
 1939 Dr. Ernst Schmid, Fürsprecher, Bern  
 1947 Georges Schneider, notaire, Moudon  
 1929 Edouard Schupbach, avocat et notaire, La Chaux-de-Fonds  
 1928 Dr. Otto Schuppisser, Rechtsanwalt, Zürich  
 1966 Hans Schwenter, Fürsprecher, Bern  
 1931 Dr. Hans von Waldkirch, Rechtsanwalt, Zürich  
 1933 Jacques Wavre, notaire, Neuchâtel  
 1943 Nicolas de Weck, avocat et notaire, Fribourg  
 1949 Dr. Walter Wreschner, Rechtsanwalt, Zürich

## Demissionen liegen vor von

Eintritts-  
jahr

- 1954 Dr. Alois Ab-Yberg, Rechtsanwalt, Schwyz
- 1954 Dr. Max Blumenstein, Fürsprecher, Muri
- 1979 Beatrice Böckle, lic. iur., Luzern
- 1973 Paul Boillod, juriste, Uetikon am See
- 1980 Joseph Boinay, chancelier d'Etat, Develier
- 1949 Dr. Eugen Bosshard, Bezirksrichter, Zürich
- 1975 Rolf Büchler, Fürsprecher und Notar, Thun
- 1969 Angelo Buchs, lic. iur., Unterentfelden
- 1936 Dr. Felix Burckhardt, Advokat und Notar, Basel
- 1960 Dr. Hildegard Bürgin-Kreis, Advokat und Notar, Basel
- 1973 François Buschini, avocat, Boudry
- 1982 Philippe Currat, avocat, Villars-sur-Glâne
- 1981 Maurice Darier, avocat, Genève
- 1938 Edmond-Lucien Desert, notaire, Genève
- 1981 Georges Enderle, lic. iur., St. Gallen
- 1968 Dr. Felix Endtner, Wabern
- 1968 André Faivet, lic. en droit, Bienne
- 1971 Dr. Jürg Fluetsch-Jegher, Rechtsanwalt, Frauenfeld
- 1970 Pierre Gehrig, avocat et notaire, Neuchâtel
- 1975 Max Gisler, Jurist, Cham
- 1982 Natacha Gregorc, lic. en droit, Chêne-Bougeries
- 1948 Lucien-Bernard Guillaume, avocat, Neuchâtel
- 1973 Henri Guisan, Dr en droit, Lausanne
- 1959 Dr. Paul Gürtler, alt Regierungsrat, Neu-Allschwil
- 1982 Véronique Häring, étudiante en droit, Genève
- 1941 Dr. Mark Hauser, Rechtsanwalt, Erlenbach
- 1960 Dr. Martin Howald, Rechtsanwalt, Zürich
- 1968 Daniel Jeanneret, avocat, Corsier
- 1976 Nicolas Junod, lic. en droit, Genève
- 1972 Dr. Hans Kaufmann, Bern
- 1961 Dr. Max Kellenberger, Rechtsanwalt, Evilard
- 1979 Thomas Kessler, Rechtsanwalt, Wolfgang
- 1964 Max Kilchenmann, Dr en droit, Corseaux
- 1963 Dr. Urs Leupin, Direktor, Arlesheim
- 1961 Dr. Jenny Lotz-Markees, Advokatin, Basel
- 1964 Roger Lovey, avocat, Fully
- 1982 Martine Magnin, juriste, Fribourg
- 1982 Eveline Matthey, Rechtsanwältin, Schwarzenberg
- 1981 Dr. Christian P. Meister, Rechtsanwalt, Zollikon
- 1981 Florian Menetrey, notaire, Lausanne
- 1966 Dr. Kurt Meyer, Regierungsrat, Bern
- 1948 Robert di Micco, Genève
- 1974 Marlies Näf-Hofmann, Dr. iur., Zürich
- 1960 Dr. Fritz Nehrwein, Verwaltungsrichter, Zürich
- 1981 Regula Ott, lic. iur., Baden
- 1939 Edgar Pelichet, Dr en droit, avocat, Nyon
- 1961 André Perret, Dr en droit, La Chaux-de-Fonds
- 1971 Markus Peter, Fürsprecher, Bolligen
- 1981 Christian Pfammatter, lic. en droit, Villars-sur-Glâne

- 1980 Tuyet Hong Pham, lic. en droit, Genève
- 1973 Jean-Maxime Picconi, avocat, Genève
- 1966 Claude Pochon, lic. en droit, Posieux
- 1947 Dr. Josef Raggenbass, Rechtsanwalt, Kesswil
- 1965 Jean-Pierre Rüedi, Juge fédéral, Pully
- 1961 Dr. Karl Sauter, Sekretär, Zürich
- 1966 Paul Spycher, Notar, Langenthal
- 1961 Dr. Rudolf Schaller, Basel
- 1978 Dr. Kurt und Elisabeth Scheibler, Rechtsanwälte, Zürich
- 1980 Beat Schneeberger, avocat, Genève
- 1966 Dr. Philipp Schneider, Rechtsanwalt und Stadtrat, Zug
- 1967 Dr. Kurt Schneiter, Fürsprecher, Bern
- 1976 Dominique Schucani, avocat-conseil, Genève
- 1948 Dr. Fritz Stalder, Fürsprecher, Bern
- 1972 Béatrice Stefanicki-Nadolny, avvocato, Verscio
- 1971 Dr. Jakob Stöckli, Staatsanwalt, Basel
- 1982 Bettina Trechsel, Fürsprecherin, Bern
- 1953 Dr. Hans Tschopp, alt Bundesrichter, Zürich
- 1981 Max Tschudi, stud. iur., Basel
- 1977 Reto Venanzoni, St. Gallen
- 1978 Eddy Walpen-Wolf, iur. Beamter, Basel
- 1948 Dr. Fritz Wanner, Direktor, Kilchberg
- 1947 Dr. Felix Wannier, Advokat und Notar, Basel
- 1959 Dr. Heinrich Welti, Bezirksrichter, Zürich
- 1969 Dr. Max Werder, Direktor, Aarau
- 1943 René Wuilleret, avocat, Fribourg
- 1944 Dr. Jakob Zellweger, Rechtsanwalt, Frauenfeld
- 1970 Joseph Zimmermann, avocat, Sion
- 1947 Dr. Walter Zingg, Rechtsanwalt, Zürich
- 1981 Patrice Zurich-Progin, lic. en droit, Fribourg
- 1956 Guy Zwissig, avocat et notaire, Genève

### *3. Revisionsbericht; Abnahme der Jahresrechnung 1983/84*

Die beiden Revisoren sind an der Teilnahme am Juristentag verhindert. Der Präsident, Herr Dr. MENGIARDI, empfiehlt, die Jahresrechnung abzunehmen, da der Revisionsbericht keinerlei Vorbehalte enthält.

Der Kassier, Herr Prof. HAUSHEER, legt die Jahresrechnung vor:

## I. Allgemeine Rechnung

### Bilanz per 30. Juni 1984

Aktiven	Fr.
Kassa . . . . .	1 732.45
Postcheck . . . . .	7 156.39
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent Ord. . . . .	93 949.30
Waadtländer Kantonalbank «Nationalfonds» . . . . .	395.30
Wertschriften . . . . .	174 446.10
Verrechnungssteuer . . . . .	5 139.38
	<u>282 818.92</u>
Passiven	
Rückstellung für Publikationen . . . . .	180 000.–
Kapital per 1. 7. 1983. . . . .	90 420.36
+ Einnahmenüberschuß pro 1983/84 . . . . .	<u>12 398.56</u>
	<u>282 818.92</u>

### Erfolgsrechnung 1983/84

Einnahmen	
Mitgliederbeiträge . . . . .	145 160.–
Beitrag Schweiz. Nationalfonds . . . . .	25 000.–
Verkauf von Publikationen . . . . .	4 776.60
Wertschriftenertrag . . . . .	9 849.65
Bankzinsen . . . . .	6.52
	<u>184 792.77</u>
Ausgaben	
Druckkosten Referate und Protokolle . . . . .	85 282.05
Übersicht der Literatur über das schweiz. Recht . . . . .	14 087.50
Schweiz. Juristentag . . . . .	23 127.40
Vergütungen an Referenten . . . . .	6 000.–
Spesen des Vorstandes . . . . .	1 114.–
Zirkulare und Drucksachen . . . . .	7 310.–
Archivar . . . . .	7 000.–
Post- und Bürospesen . . . . .	3 518.20
Beiträge . . . . .	2 000.–
Bankspesen . . . . .	581.76
Abschreibungen . . . . .	1 680.–
Steuern . . . . .	693.30
Zuweisung an die Rückstellung für Publikationen . . . . .	<u>20 000.–</u>
	<u>172 394.21</u>
Einnahmenüberschuß . . . . .	12 398.56

## II. Fonds Dr. Arnold Janggen

*Bilanz per 30. Juni 1984*

Aktiven		Fr.
Waadtländer Kantonalbank, Kontokorrent . . . . .		4 189.80
Verrechnungssteuer . . . . .		1 093.33
Wertschriften . . . . .		<u>54 983.30</u>
		<u>60 266.43</u>
Passiven		
Kapital per 1. 7. 1983. . . . .	57 612.76	
+ Einnahmenüberschuß pro 1983/84 . . . . .	<u>2 653.67</u>	<u>60 266.43</u>

*Erfolgsrechnung 1983/84*

Einnahmen		
Wertschriftenertrag . . . . .		2 805.-
Bankzinsen . . . . .		<u>10.44</u>
		<u>2 815.44</u>
Ausgaben		
Bankspesen . . . . .		<u>161.77</u>
Einnahmenüberschuß . . . . .		2 653.67

Die Versammlung genehmigt die Jahresrechnung und erteilt Decharge.

#### 4. Beschlußfassung über den Voranschlag 1984/85 und Festsetzung des Mitgliederbeitrages

Der Kassier, Prof. HAUSHEER, legt das Budget 1984/85 vor.

#### Budget 1984/85

#### Allgemeine Rechnung

Einnahmen	Fr.
Mitgliederbeiträge . . . . .	145 000.–
Beitrag Schweizerischer Nationalfonds. . . . .	25 000.–
Verkauf von Publikationen . . . . .	p. m.
Wertschriftenertrag . . . . .	9 700.–
Bankzinsen . . . . .	300.–
	<u>180 000.–</u>
 Ausgaben	
Druckkosten Referate und Protokolle . . . . .	96 000.–
Übersicht der Literatur über das schweiz. Recht . . . . .	24 700.–
Schweizerischer Juristentag . . . . .	23 000.–
Vergütungen an Referenten. . . . .	6 000.–
Spesen des Vorstandes . . . . .	1 500.–
Zirkulare und Drucksachen. . . . .	9 000.–
Archivar . . . . .	7 000.–
Post- und Bürospesen . . . . .	3 500.–
Beiträge . . . . .	2 000.–
Bankspesen . . . . .	600.–
Steuern . . . . .	700.–
Beitrag zur Förderung einer juristischen Datenbank . . . . .	10 000.–
	<u>184 000.–</u>
 Ausgabenüberschuß . . . . .	<u>4 000.–</u>

Im Namen des Vereinsvorstandes beantragt der Kassier, den Mitgliederbeitrag auf Fr. 40.– zu belassen.

Der Voranschlag und der Mitgliederbeitrag werden durch die Versammlung genehmigt.

Dr. BENNO SCHNEIDER, Generalsekretär des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes, Bern.

Monsieur le Président,  
Chers Collègues,  
Mesdames, Messieurs,

C'est pour moi un honneur en même temps qu'une joie de vous transmettre les salutations et les vœux du Conseil fédéral. Le Chef du Département fédéral de justice et police l'aurait bien volontiers fait à ma place. Il regrette d'autant plus son absence qu'il aurait souhaité, juste avant de se retirer du gouvernement, faire part personnellement de ses remerciements et de sa gratitude aux membres de la Société suisse des juristes pour leurs activités fécondes.

\*  
\*       \*

Sie haben diese herrliche Sonnenterrasse zum Tagungsort gewählt; eine besonders glückliche Wahl, wie ich meine. Nicht nur wegen der geografischen Lage und der Gastfreundschaft der Bevölkerung. Schon ROUSSEAU hat ja das «pays singulier par sa position, par la forme de son gouvernement et par les mœurs de ses habitants» gerühmt.

Ich wähle meine Worte mit Bedacht und bin mir ihrer Bedeutung wohl bewußt: Hier, an diesem Ort und in diesem Tal, zeigt sich, daß zwischen Landesteilen, Sprachen und Kulturen kein Graben sein muß, sondern ein Übergang sein kann. Es wird heute so gern bei jeder passenden und unpassenden Gelegenheit Gegensätzliches ausgemacht. Dabei wäre es hoch an der Zeit, bei den uns bedrängenden Fragen auf das Verbindende, Gemeinsame einzugehen, ohne allerdings die Unterschiede zu verwischen. Mangelndes Selbstbewußtsein und Gleichmacherei sind wirklich keine Eigenschaften des Wallisers. Aber bei allem Stolz auf die engere Heimat fühlt man sich in diesem Kanton – Ober- und Unterwallis – als Gemeinschaft. Das macht diesen Stand so stark.

Im Zusammenhang mit dem Wallis hat der bekannte Publizist FRITZ RENÉ ALLEMANN einmal geäußert: «*Die Vielfalt hebt die Einheit nicht auf, sondern durchwirkt sie.*» Diese Feststellung hat ihre Bedeutung auch für die Eidgenossenschaft, die Gefahr



läuft, zu einem Konglomerat von reinen Interessengemeinschaften zu werden. – Eine Gefahr, die, um eines der Tagungsthemen anzusprechen, je länger je mehr zu einem Grundsatproblem unserer schweizerischen Demokratie wird.

\*  
\*       \*

Egregi Signore e Signori,

Il Ticino e i Grigioni dai quali provenite sono pure Cantoni vallerani che costituiscono «un complemento essenziale della Svizzera». I Ticinesi e i Grigionesi di lingua italiana fanno parte a sè in misura ancora più sentita di quella dei Vallesani. Tale situazione non li ha tuttavia mai indotti a sottolineare gli elementi che li separano; loro obiettivo è bensì sempre stato l'impegno ad apportare alla Svizzera un loro contributo originale. Questo vale anche per i giuristi svizzeri d'espressione italiana. A loro va la mia riconoscenza.

\*  
\*       \*

«Grundprobleme der schweizerischen Demokratie» und «Bund und Kantone» lauten die Themen des Juristentages. Themen von höchstem Interesse für unser Land, für uns alle – auch für unser Departement und seine Mitarbeiter, die sich in täglicher Arbeit an der Front damit befassen. Ich bin überzeugt, daß diese Veranstaltung wie auch die vier Referate wertvolle Denkanstöße und Lösungsansätze liefern werden; *Impulse* über den Moment hinaus, Vorschläge, die sich nicht an der Publikumswirksamkeit orientieren.

Ich wünsche fruchtbare Verhandlungen und bereichernde kollegiale Begegnungen.

### III.

Einführende Berichte der Referenten zum Thema: Grundprobleme der schweizerischen Demokratie

Diskussionsleiter: Prof. JÖRG PAUL MÜLLER, Hinterkappelen:

Es wird besonders schwierig sein, die heutige Diskussion sachgerecht zu führen. Wie eine Versammlung von ca. 200 Mitgliedern, die – nach dem Referat von Herrn Rhinow zu schließen, wenn ich dies richtig verstanden habe – das ganze Gewicht der «Legitimation durch Abstinenz» auf sich trägt; ich meine die Abstinenz all der über 3000 Mitglieder, die nicht hier sind. Damit möchte ich ausdrücken, welches Gewicht den Voten der hier Anwesenden zukommt angesichts ihrer Repräsentationsfunktion innerhalb des gesamten Juristenvereins oder gar der Schweizer Juristenwelt.

Darf ich zuerst dem Referenten welscher Zunge, Herrn Prof. AUER von Genf, das Wort geben.

M. le Professeur ANDREAS AUER, Genève, rapporteur de langue française:

Je tiens d'abord à remercier le comité de la SSJ d'avoir pensé à moi, lorsque, il y a près de trois ans déjà, il était à la recherche d'un rapporteur sur le sujet dont nous débattons aujourd'hui. J'ai accepté avec un sentiment mêlé d'enthousiasme et d'appréhension: parler d'un si beau sujet devant un public si illustre, c'est en effet à la fois un rêve et un cauchemar. Un rêve, parce que j'ai été amené ainsi à approfondir mes connaissances dans un domaine défini du droit public suisse auquel je m'intéresse depuis un certain temps déjà. Un cauchemar, parce que le sujet est vaste et périlleux et parce que je me suis rapidement rendu compte qu'il ne pose guère de problème juridique que l'on puisse résoudre avec la technique rassurante qui caractérise notre profession de juriste, mais une série impressionnante de problèmes sociaux et politiques qui dépassent, et de loin, le cadre du droit.

Le résultat de ces joies et de ces angoisses, vous avez peut-être eu l'occasion de le parcourir. Je n'ai pas l'intention, aujourd'hui, d'en résumer les chapitres et les conclusions. D'ailleurs, à la relecture du fascicule, il m'est apparu maintes lacunes et maints accents mal mis et maintes perspectives trompeuses. Ces points pourront peut-être être évoqués au cours de la discussion de ce matin. Pour le moment, je me contenterai de *trois remarques* introductives.

Ma première remarque concerne rien moins que la *définition de la démocratie*. Cela peut surprendre, d'une part parce que cela

ne correspond pas au titre du sujet qui m'a été confié, d'autre part parce que les juristes contemporains, qui aiment le détail et cultivent les nuances, ont en général horreur de l'ensemble. Cependant, pour pouvoir mieux localiser et évaluer les problèmes fondamentaux de la démocratie suisse, il m'a paru utile de parler d'emblée d'une définition de la démocratie qui tienne compte de la double nature, à la fois institutionnelle et idéologique, de celle-ci. Partant de la constatation évidente que la démocratie intéresse le droit, mais qu'elle n'intéresse pas seulement le droit, j'ai été amené à distinguer la démocratie comme une certaine forme de l'organisation du pouvoir politique et la démocratie comme une certaine perception sociale de cette organisation. La forme, je l'ai appelée «démocratie politique» et la perception sociale de cette démocratie politique a été désignée par «idéologie démocratique».

La première se fonde essentiellement sur un appareil institutionnel précis, bien connu des juristes. Les institutions démocratiques aménagées par le droit constitutionnel transforment le peuple en corps électoral, attribuent à ce dernier un certain nombre de compétences et règlent son fonctionnement. Mais les institutions démocratiques, aussi denses soient-elles, ne traduisent pas à elles seules l'état de la démocratie politique. Elles s'inscrivent en effet dans un ordre constitutionnel qui se fonde sur d'autres principes structuraux, de sorte que ces principes affectent inévitablement les institutions démocratiques. Le fédéralisme et la séparation des pouvoirs, les droits fondamentaux et le principe d'égalité et bon nombre d'autres principes encore sont effectivement en relation étroite avec les institutions démocratiques. Ainsi mises en équilibre, les institutions démocratiques sont prises en main, dans leur fonctionnement quotidien par une multitude d'organisations sociales non directement étatiques qui composent ce que l'on appelle la société civile: Eglise et famille, partis et syndicats, associations et groupes d'intérêts etc... Et c'est ainsi que se dégagent les contours de la démocratie politique qui a comme squelette les institutions démocratiques, comme muscles les autres principes structuraux et organisationnels de l'Etat et comme système nerveux l'organisation complexe de la société civile. Et la tête dira-t-on? Cette démocratie politique est à la fois la cause et le résultat, la mère et la fille, d'un ensemble complexe de convictions et de croyances tant individuelles que sociales relatives à la démocratie. On l'aura deviné: il s'agit de ce que j'ai appelé l'idéologie démocratique. Le problème avec ce deuxième aspect

de la démocratie c'est qu'à la différence du premier, il est difficilement mesurable. La démocratie politique, elle, on peut la connaître et la mesurer relativement facilement: il suffit de lire un peu la constitution, de fouiller dans quelques lois, de parcourir la jurisprudence et d'ouvrir de temps à autre un journal écrit ou parlé. En revanche, l'idéologie démocratique ne se prête pas à une définition positive ou à une enquête empirique. La nature même d'idéologie – norme sociale diffuse partiellement inconsciente – l'en empêche. On ne peut la sentir et en mesurer l'importance qu'indirectement, par le détour de ses performances effectives, par le décalage entre ce que la démocratie politique dit et ce qu'elle fait. Voici pourquoi j'ai choisi quatre domaines – les fictions, l'abstentionnisme, la concordance et la démocratisation – pour essayer de montrer ce que l'idéologie démocratique est capable d'accomplir en leur sein. Mais je ne vous cache pas que le doute persiste et que j'en suis souvent venu à me demander si cet attrait qu'exerçait sur moi l'idéologie n'était pas, en fin de compte, l'attrait du vide.

Ma seconde remarque sera plus concrète. Elle tient à rappeler un phénomène qui a d'importantes répercussions sur les institutions démocratiques, telles que j'ai essayé de les résumer dans la première partie de mon rapport, un phénomène sur lequel je n'ai peut-être pas assez mis l'accent. Je veux parler de ce que l'on appelle parfois *le déclin de la loi*. On constate en effet, d'une part, que la quasi-totalité de l'appareil institutionnel constitutif de la démocratie politique a été conçue, au cours du siècle dernier, dans le cadre du *Gesetzgebungsstaat*, en fonction de la loi comme source première du droit, comme expression de la volonté générale, comme norme abstraite et générale, permanente et universelle qui contient l'essentiel des normes matérielles qui régissent effectivement et efficacement les rapports entre individus et entre individus et l'Etat. Or cette notion classique de la loi, qui a servi de point de référence à l'établissement de la démocratie politique, a subi une dégradation importante au cours d'une évolution qui, à vrai dire, a commencé déjà au siècle dernier, pour s'accélérer à l'époque contemporaine. Quelques mots-clefs doivent suffire à résumer les principales étapes de ce déclin:

- *La séparation de la loi formelle et de la loi matérielle*, opérée vers la fin du siècle dernier à l'occasion du conflit budgétaire

en Allemagne, brise le monopole du législateur dans l'adoption des règles de droit et annonce déjà le renforcement de l'exécutif.

- *La délégation législative* accentue cette tendance: même dans le domaine des lois formelles, l'exécutif obtient le droit de légiférer. Même si en Suisse, la jurisprudence exige que l'acte de délégation figure dans une loi soumise au référendum, la délégation a toujours pour conséquence de restreindre la démocratie.
- *Les notions juridiques imprécises* deviennent toujours plus fréquentes et rendent illusoires le droit de participation du peuple à l'adoption des lois.
- *La liberté d'appréciation de l'administration* est prévue très souvent dans des lois, de même que les *Kannvorschriften*. Là aussi, le sens de la loi ne devient clair qu'au moment de son application.
- *Les ordonnances administratives* ont tendance à devenir, dans quelques domaines spécifiques, la source première du droit.
- *La législation par les particuliers* devient également très fréquente, du moins dans certains domaines.
- *Les études d'application et d'évaluation* de la loi montrent que la loi n'est souvent plus en mesure de remplir la petite tâche qui lui reste: elle est inadaptée, non appliquée, inefficace, non effective, produisant même des effets pervers.

Les conséquences pour la démocratie sont évidentes et graves: les institutions démocratiques, calquées sur un modèle de loi qui n'existe plus, tournent dans le vide. Là où elles sont prévues, il n'y a bientôt plus de substance; là où il y a de la substance, elles ne sont pas prévues.

Certes, ce déséquilibre pourrait être corrigé par l'extension de la démocratie administrative. Mais pour retrouver la substance qui s'est évaporée de la loi pour se reconstituer, de façon éclatée, du côté de l'exécutif et de l'administratif il n'y a probablement pas d'autre solution que d'ouvrir le référendum à l'égard des actes normatifs et des décisions émanant de l'exécutif et de l'administration, ce qui, pour les droits populaires, équivaldrait à rien moins qu'une révolution copernicienne et contribuerait, d'ailleurs, à affaiblir davantage encore la loi et son auteur.

Ma troisième et dernière remarque concerne la distinction entre l'Etat et la société civile. Elle n'est guère appréciée en Suisse.



Probablement parce que la problématique qu'elle vise paraît trop allemande et parce que ses termes rappellent par trop HEGEL et ses successeurs matérialistes.

En effet, on sait que pour toute une tendance de la doctrine, la démocratie, surtout la directe, se caractérise par l'«autogouvernement du peuple» (FRITZ FLEINER), par «l'identité des gouvernés et des gouvernements» (CARL SCHMITT). Le peuple n'est pas seulement un organe de l'Etat, il est le premier organe de l'Etat. C'est lui qui est souverain, c'est lui qui révisé la constitution, qui est la loi fondamentale. C'est lui qui adopte les lois. C'est de lui qu'émanent tous les autres organes de l'Etat, à tous les niveaux de la structure de celui-ci. Puisque le peuple se loge ainsi au cœur même de l'Etat, ce dernier ne se distingue pas de la société toute entière. Ainsi, les institutions démocratiques ont pour fonction et pour conséquence d'effacer la distinction entre l'Etat et la société civile. Du moment qu'il s'organise démocratiquement, l'Etat se dissout tout entier dans la société civile.

Cette conception de la démocratie, de même que son corollaire, à savoir la non-pertinence de la distinction entre Etat et société civile est erronée et même dangereuse. Car, de deux choses l'une: ou bien elle signifie que l'Etat se dissout dans la société civile, et alors elle rejoint curieusement les thèses de MARX, de ENGELS et de LÉNINE sur le dépérissement de l'Etat. Ce que le socialisme scientifique prophétise pour la société communiste future, la bourgeoisie démocratique prétend l'avoir réalisé déjà, au moyen de la démocratie directe. Ou bien alors, cette conception signifie que l'Etat démocratique envahit toute la société civile au point de la recouvrir toute entière et, dans ce cas, elle rejoint tout aussi curieusement l'exemple du «socialisme réel» où l'Etat tout puissant tente de se soumettre explicitement toutes les organisations sociales, de contenir la société civile et de l'épurer de tout de qu'elle peut révéler comme danger virtuel pour le pouvoir étatique.

Il me semble qu'au contraire, la démocratie politique a besoin à la fois d'institutions démocratiques – qui relèvent de l'Etat – et d'un espace social non directement étatique – donc de la société civile. La démocratie ne peut être exclusivement étatique. Pour vivre, ses institutions doivent être prises en main par des organisations sociales extérieures à l'Etat: les médias, les partis, les associations etc... Bref, sans l'existence d'une société civile qui lui donne forme et consistance, qui lui permette de respirer et de souffrir, la démocratie politique n'est que lettre morte.

La démocratie ne peut pas non plus être purement «socié-

tales», du moins dans la société contemporaine. C'est bien de l'Etat que relèvent les institutions démocratiques telles qu'elles se sont développées au cours de l'histoire. Elles ne le font nullement disparaître, ni dépérir, mais constituent tout simplement une certaine façon pour l'Etat de s'organiser.

De telle sorte que l'Etat et la société civile apparaissent comme les deux pôles indispensables dont l'organisation respective et les rapports réciproques peuvent donner naissance à la démocratie politique. D'où l'intérêt et l'utilité de la distinction entre l'Etat et la société civile pour la théorie et la pratique de la démocratie.

Mesdames et Messieurs, votre patience a été suffisamment mise à l'épreuve et je vais m'arrêter là.

J'avais l'intention, à cet endroit, de vous adresser mes plus vives excuses pour tout ce que mon rapport ne contient pas et pour tout ce qu'il contient peut-être d'exagéré, de subjectif voire de faux. Mais heureusement que je suis tombé, entretemps, sur ces mots de PAUL VALÉRY: «Il faut toujours s'excuser de bien faire – rien ne blesse plus!» Par conséquent, je suis sincèrement convaincu de n'avoir pu blesser personne et de ne devoir m'excuser auprès de qui que ce soit. Je vous remercie de votre attention.

Prof. RENÉ A. RHINOW, Seltisberg, Berichterstatter deutscher Sprache:

1. «Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus, aber wo geht sie hin?» Die provokative Frage BERTOLT BRECHTS, zu Beginn meines schriftlichen Referates aufgeworfen, signalisiert zweifellos das Grundproblem jedes demokratischen politischen Systems. Zwar wäre man versucht, aus schweizerischer Sicht diese Fragestellung selbst in Frage zu stellen: Ist Demokratie nicht Volksherrschaft? Regiert bei uns nicht das Volk? Hält nicht das Volk die Staatsgewalt in seiner Hand, so daß sich die Frage BRECHTS erübrigen müßte?

2. Meine verehrten Kolleginnen und Kollegen, die folgenden Hinweise sind vom Anliegen getragen, Ihnen einige ausgewählte und für mich vorrangige Aspekte dieser Problematik blitzlichtartig vorzutragen. Gestatten Sie mir aber zuerst ein

Wort zur Berufung des Juristen, in diesen Gefilden literarisch zu wandern. Wir Juristen sind es gewohnt, unter Demokratieproblemen in erster Linie Fragen der Institutionen, Kompetenzen und Verfahren, der rechtlichen Voraussetzungen und Schranken staatlicher wie privater Handlungen zu verstehen. Allein, ist es nicht auch unsere Aufgabe, über Fundamente und Sinnbestimmungen demokratischer Institutionen nachzudenken? Fällt die Sorge um die interdisziplinäre Sichtung der mit Staat, Recht und Politik verhängten Probleme nicht auch – und sogar in erster Linie – in den Verantwortungsbereich der Staatsrechtswissenschaft? Die Frage ist m. E. entschieden zu bejahen; sie nimmt uns aber in Pflicht, uns mit den Methoden und Erkenntnissen anderer Disziplinen zu befassen und auseinanderzusetzen, den Blick zu weiten auf geschichtliche, politologische, soziologische, historische, sozialpsychologische und andere Zugänge zum Forschungsgegenstand «Demokratie». Dieser Appell zur Grenzbegehung und Grenzüberschreitung soll keine Kampfansage an andere Zweige der modernen Sozialwissenschaften darstellen. Nicht Usurpation, sondern Brückenschlag, nicht Konfrontation, sondern Zusammenarbeit soll Ziel dieser Bemühungen bilden. Mein schriftliches Referat versucht, hiezu einen kleinen Beitrag zu leisten.

3. Eine meiner zentralen Thesen besteht darin, daß die schweizerische Demokratie nicht als Staatsform gedeutet werden kann, in der das Volk zu herrschen und zu regieren habe. Die helvetische Demokratie ruht wie andere Demokratien auf einer repräsentativen Herrschaftsordnung. Konstituierende Elemente dieses Systems sind einmal die freie, gleiche, unmittelbare und geheime Wahl der Volksvertretung mit befristeter Amtseinsetzung, sodann die rechtlich begrenzte, von der Öffentlichkeit kontrollierte und dem Volk gegenüber verantwortliche Ausübung aller staatlichen Gewalt und schließlich die spezifische Dominanz von Konkordanzmechanismen, die auf breite, tragfähige Mehrheitsentscheidungen ausgerichtet sind. Nun wird diese Repräsentativordnung ergänzt und durchwirkt mit plebiszitären Sachentscheidungsrechten, die das Eigenartige unseres politischen Systems ausmachen. Aber diese Volksrechte sind nicht das Primäre, Oberste, Wichtigste; sie sind vor allem nicht Mittel der Sanktionierung behördlichen Handelns. Ich möchte daran erinnern, daß nur 7 Prozent aller dem Referendum offenstehenden Vorlagen vom Volk effektiv entschieden werden und daß die jeweils obsiegende Mehrheit bei Urnen-



abstimmungen eine kleine, fluktuierende Minderheit von 11–18 Prozent des gesamten Volkes darstellt. Es kommt hinzu, daß diese «Minderheitsmehrheit» nur gutheißen oder ablehnen kann, was ihr von den Repräsentanten und allenfalls von einer Gruppe Stimmberechtigter vorgelegt wird. Herr Kollege AUER hat auch mit aller Deutlichkeit auf diese Fiktionen des Volksentscheides hingewiesen.

Das Volk als solches ist nicht allzeit präsent, nicht in einer Dauerverantwortlichkeit eingefangen, nicht in die Staatsleitung integriert. Den Volksrechten kommt vor allem die Funktion punktueller Kontrollen oder bereichsbezogener politischer Opposition, der Einflußnahme einer aktiven Öffentlichkeit «von unten» zu. Sie sollen damit die Rückbindung aller Behörden an den politisch aktivierbaren Teil des Volkes sicherstellen. Und dieser aktive Teil des Volkes repräsentiert das Gesamtvolk, er schöpft aber seine Legitimation nicht aus einem Wahlvorgang, sondern aus dem Gewährenlassen der übrigen, mehr oder weniger passiven Teile der Gesellschaft. Die Schweiz stellt demnach eine «plebiszitär imprägnierte Repräsentativdemokratie» dar, in welcher den Volksrechten vor allem Kontroll- und Oppositionsfunktionen zukommen und deren aktive Volksteile sich ihre «Legitimation durch Abstinenz» des übrigen Volkes beschaffen.

Diese Auffassung kontrastiert augenfällig mit aktuellen Deutungen der schweizerischen Demokratie, die sich bewußt oder unbewußt, explizit oder implizit auf die Vorstellung der Selbstregierung des Volkes zurückführen lassen. Immer wieder wird heute der Vorwurf erhoben, die Volksrechte hätten eine gewaltige Funktionseinbuße erlitten, weil mit ihnen gedroht und gehandelt werde, weil die Behörden auf ihre Aktivierung unfreundlich reagierten, weil das Volk angesichts abgeschliffener und referendumstauglicher Kompromisse nicht mehr dazukomme, effektiv seinen Willen an der Urne auszudrücken, weil wichtige Entscheide von einem «Drittelssouverän» (HANS TSCHÄNI) gefällt würden. Findet in der Schweiz wirklich – wie es OTTO F. WALTER kürzlich behauptet hat – nur noch «Inszenierung von Demokratie anstelle von Demokratie» statt?

Wer davon ausgeht, eine erfüllte schweizerische Demokratie bedeute in erster Linie, daß alle wichtigen staatlichen Entscheidungen effektiv vom Volk – und zwar von einer informierten und engagierten Mehrheit des Gesamtvolkes – getroffen werden müßten, kommt leicht und zwangsläufig zu pessimistischen und negativen Bewertungen der aktuellen Lage. Aber in dieser

Sicht liegt m. E. eine Verkennung der Funktionen unserer Volksrechte und damit der Eigenheiten unserer Demokratie.

Damit will ich freilich den großen, unverzichtbaren Stellenwert von Initiative und Referendum nicht abstreiten. Die Volksrechte haben mit zur Entwicklung unserer Konkordanzdemokratie beigetragen; sie stellen aber – als Instrumente der Opposition – auch wesentliche Konkordanzkorrektive dar. Demzufolge plädiere ich keineswegs für deren Abschaffung oder Eingrenzung – im Gegenteil. Ihre Fortentwicklung, ihre Öffnung auf alle wichtigen politischen Entscheidungen in diesem Staate hin, stellt für mich ein erstrangiges Postulat dar. Nur ist diese zeitgemäße Anpassung der Volksrechte nicht vom Glauben an eine breitere Herrschaft *durch das Volk* getragen, sondern von der Überzeugung geleitet, daß die Einflußmöglichkeiten *aus dem Volk*, die Kontrolle der Behörden durch die *aktive Öffentlichkeit* sich auf alle wesentlichen politischen Vorgänge zu erstrecken haben.

4. Meine verehrten Damen und Herren, ich möchte abschließend noch auf eine weitere Problematik aufmerksam machen. Jeder Demokratie liegt die Geltung des Mehrheitsprinzips zugrunde. Unbestritten ist dabei, daß diese Regel auf Rahmenbedingungen angewiesen ist und Grenzen kennt, daß die Mehrheitsherrschaft im Interesse von Freiheit, Gerechtigkeit und Minderheitenschutz eine beschränkte sein muß. Was im Grundsatz keiner Anfechtung unterliegt, erweist sich aber bei näherem Zusehen in seiner konkreten politischen Ausgestaltung bedeutend weniger klar und unbestritten. Müssen wir uns der Voraussetzungen und des Grenzverlaufes dieses Prinzips nicht wieder vermehrt annehmen? Wähnen wir uns nicht in einer trügerischen Sicherheit, wenn wir unbeschwert davon ausgehen, die parlamentarischen und vor allem die in Volksabstimmungen zum Ausdruck gelangenden jeweiligen Mehrheitsverhältnisse seien unverbrüchliche Garanten einer friedlichen Rechtsentwicklung? Lassen sich wirklich alle Probleme jederzeit durch Urnengänge lösen? Sind in unserer Gesellschaft nicht Minderheiten im Entstehen, deren Anliegen auf dem Hintergrund oekopazifistischer Glaubenshaltungen, im Spannungsfeld von «Ende oder Wende» (EPPLER) oder aufgrund einer spezifischen Betroffenheit so intensiv erlebt und verfolgt werden, daß die Berufung auf ein formales Mehrheitsprinzip unter Umständen zu unerträglichen Spannungen, ja zu einer Erosion der demokratischen Strukturen führen könnte? Gilt dies nicht

in ganz besonderem Ausmaß, wenn politische Entscheidungen von heute zukunftsbelastende Auswirkungen nach sich ziehen, die irreversibler Natur sind? Dürfen aktuelle Mehrheiten die Zukunft insofern festschreiben, als sie künftigen Mehrheiten, die vielleicht aus heutigen Minderheiten erwachsen, die Chance zur Umkehr, zur Revision, zur Neubewertung und Neubesinnung nehmen?

Die Fragen sollen zumindest gestellt, sogleich aber auch mit der klaren Aussage verbunden werden, daß das Mehrheitsprinzip damit keineswegs überlebt und die Durchsetzung von Mehrheitsbeschlüssen nicht obsolet geworden ist. Aber so wie die Rücksichtnahme auf strukturelle Minderheiten den geschichtlichen Werdegang der Eidgenossenschaft begleitet hat, so sollten wir auch heute bereit sein, das Augenmerk auf die allfällige Entstehung neuer, sich verfestigender Minderheiten zu richten, deren Existenz Anerkennung im politischen Entscheidungsprozeß verdient, sei es durch freiwillige Rücksichtnahme einer toleranten Mehrheit, sei es durch die institutionelle Abschirmung vor majorisierenden Eingriffen. Sind wir nicht auch heute aufgerufen, die Grenzen des Majoritätsprinzips zu überdenken und allenfalls anzupassen? Letztlich geht es doch auch hier um die immer wieder neu zu bewältigende Spannung zwischen Rechtsstaat und Demokratie. Und diese Sorge ist wohl eine der vornehmsten, die uns Juristen aufgegeben ist.

#### IV.

##### Diskussion

Prof. WALTER BUSER, Bundeskanzler, Bern:

Herr Professor AUER stellt an die Spitze seiner Abhandlung einen Satz, von dem er selber gleich sagt, daß er kaum würdig sei «de servir de point de départ» einer «réflexion juridique donc sérieuse sur la démocratie helvétique». Es ist dies der kurze Satz: «La Suisse est une démocratie et fière de l'être.» Tatsächlich könnte man sich diese Feststellung eher als These einer 1. August-Rede vorstellen. Was aber Professor AUER in gekonnter Darstellung der komplementären Zusammenhänge der ideologischen und der institutionellen Aspekte der Demokratie präsentiert, rechtfertigt seine einleitende These in jeder

Hinsicht, und sie hat mich gereizt im folgenden ebenfalls ein paar Worte zu des Schweizers Demokratie zu sagen. Wobei Sie, so hoffe ich es jedenfalls, sicher gestatten werden, daß ich statt zusätzlicher dogmatischer Betrachtungen eher ein paar Worte aus der Sicht der Praxis beitrage.

Ich beginne mit einem Blick auf die politischen Rechte, die in den Abhandlungen beider Referenten einen breiten Raum einnehmen. Es gibt wohl kaum einen anderen Bereich der Verfassung, der so deutlich zeigt, wie sehr in unserer Demokratie auch wichtige Grundlagen immer wieder in Frage gestellt werden. Die politischen Rechte der Bundesverfassung von 1848 präsentieren sich heute nur noch als Ausgangspunkt einer eindrucklichen Entwicklung, deren wichtigste Etappen bekanntlich die Einführung des fakultativen Gesetzesreferendums und der Volksinitiative auf Partialrevision, beide noch im letzten Jahrhundert, sind und die in unserem Jahrhundert durch die Einführung des Staatsvertragsreferendums und dessen Ausbau nach 50 Jahren sowie das Referendum gegen dringliche Bundesbeschlüsse nochmals eine Vertiefung erfahren haben. Dazu kam, gewissermaßen als Krönung, die Einführung des Frauenstimmrechts im Jahre 1971. Daß wir aber auch damit nicht am Ende sind, zeigen die sehr subtilen Ausführungen von Herrn Professor RHINOW über die Betroffenen-Demokratie. Ich teile seine Überlegungen, hätte aber die Bitte, daß er mir eine kleine Ergänzung zugestehe. Bei aller Achtung vor den Rechten der Betroffenen wird man in unserem demokratischen Blickfeld früher oder später einmal grundsätzlich überlegen müssen, wo das Mehrheitsprinzip nicht in Frage gestellt werden darf, wenn am Ende wesentliche nationale Aufgaben nicht einfach unerfüllt bleiben sollen. Im Gegensatz zu den voreiligen Schlüssen, die gelegentlich aus der, in den letzten Jahren sinkenden, Stimmbeteiligung gezogen werden, müssen m. E. auch andere Aspekte der Mitwirkung unserer Bürgerschaft am öffentlichen Leben in die Beurteilung einbezogen werden. Ich betrachte es als sehr wertvoll, daß Herr Professor RHINOW sich als Richtschnur gesetzt hat, «kulturpessimistische Schwarzmalerei ebenso zu vermeiden, wie euphorische Partizipationsvorstellungen». Man darf in diesem Zusammenhang wohl sicher auch erwähnen, daß jährlich über eine halbe Million Schweizer und Schweizerinnen Volksinitiativen und Referenden unterschreiben, so daß wir heute 19 pendente Volksinitiativen und deren 12 im Sammelstadium haben. Ferner wurden im Jahre 1980 Massenpetitionen an die eidgenössischen Behörden gerichtet, und



zwar mit 470 000 Unterschriften. Im Jahre 1981 hatten wir über eine Million Unterschriften.

Würde sich der Bundesrat gestatten, die Mitgliederzahl der etwa 300 eidgenössischen Kommissionen auf die Hälfte zu reduzieren, müßte er mit einem kleinen Volksaufstand rechnen. Das gleiche gilt von den so viel kritisierten Vernehmlassungsverfahren. Allenthalben beklagen sich die Adressaten über die Last, doch niemand will darauf verzichten. Im Gegenteil: Wir erhalten stetsfort neue Anmeldungen.

Würdigt man alle diese Fakten nicht nur quantitativ, sondern auch von der politisch-psychologischen Seite her, darf wohl gefolgert werden, daß Schweizer offenbar den Wert ihrer demokratischen Institutionen nicht so tief einschätzen. Ja, man kann daraus sogar auf ein gewisses Vertrauenskapital schließen, sonst würden sich doch unsere in diesen Dingen sehr nüchternen Mitbürger eines Tages kurzer Hand nicht mehr zur Unterschrift bewegen lassen. Um nicht mißverstanden zu werden, fasse ich zusammen: Die Stimmabstinenz wird in den vorliegenden Abhandlungen m. E. zu Recht sehr ernst genommen und abgehandelt, aber nicht dramatisiert, denn sie muß im Rahmen der gesamten politischen Aktivität der Bürger beurteilt werden. Die intensive politische Tätigkeit der Stimmberechtigten und ihrer Vertreter in den eidgenössischen Räten führt aber in Parlament und Volk zu ernsthaften Bewältigungsproblemen, unter dem Stichwort «Schluckvermögen» bekannt geworden. Für die Demokratie als Staatsform wird die Frage der Regierbarkeit gestellt. Beides, wie Herr RHINOW ebenfalls sagt, Modewörter, beides aber zugleich ernstzunehmende Probleme der Funktionsfähigkeit unserer Demokratie. Oder läßt es nicht aufhorchen, wenn im Nationalrat zu Beginn der Herbstsession 1984 ein Dutzend behandlungsreife Vorlagen nicht auf die Verhandlungsliste kommen und zum Teil schon heute für eine Session des Jahres 1985 vorgemerkt werden? Und wie steht es mit dem Bürger, der in den nächsten Jahren nebst 30 Volksinitiativen voraussichtlich 5 oder 6 Verfassungsänderungen der Aufgabenteilung, den UNO-Beitritt und ein paar weitere Vorlagen allein auf eidgenössischer Ebene vorgesetzt bekommt? Von der Totalrevision der Bundesverfassung ganz zu schweigen ...

Nun noch zwei Worte zur Regierbarkeit: Ich schicke gleich voraus, daß ich sie nicht in akuter Gefahr sehe; aber es wäre verfehlt, angesichts der sich mehrenden Probleme den Kopf in den Sand zu stecken. Sie wissen, daß der Bundesrat in seinen Regierungsrichtlinien für die Jahre 1983–1987 67 Vorlagen

angekündigt hat. Davon wurden in einer zweiten Prioritätsrunde auf Wunsch des Parlaments 14 zurückgestuft. Das würde nun zu etwa einem Dutzend schwergewichtiger Vorlagen pro Jahr führen. Gleichzeitig ist aber zu beachten, daß von den 19 hängigen Volksinitiativen nicht weniger als 9 zusätzliche formelle Verfassungsänderungen fordern; die 10 anderen beschlagen Materien, die heute auf gesetzlicher Ebene geregelt sind. 13 der 19 Initiativen tangieren Vorlagen der Regierungsrichtlinien und hemmen damit deren Vorbereitung. 14 der hängigen oder angekündigten Initiativen tangieren den Finanzplan, und 3 Initiativen wollen die politischen Rechte erweitern, insbesondere Rüstungsreferendum und Atominitiative.

Aber auch damit sind wir noch nicht am Ende. Auch aus dem Parlament kommt parallel zu den Streichungsbegehren der Ruf nach neuen Vorlagen. Allein in den beiden letzten Sessionen sind in der Bundesversammlung über 270 parlamentarische Vorstöße eingereicht worden: Darin werden 5 Verfassungsrevisionen gefordert, 34 Gesetzesrevisionen, 5 neue Bundesgesetze und 2 dringliche Bundesbeschlüsse, ganz abgesehen von den 27 Verordnungsänderungen.

Auch damit aber sind wir noch nicht am Ende: Vor den eidgenössischen Räten liegen zusätzlich 31 parlamentarische Einzelinitiativen, die 11 Verfassungsrevisionen und 18 Gesetzesänderungen fordern. 14 dieser parlamentarischen Initiativen tangieren die Richtlinien der Regierungspolitik, 4 den Finanzplan. Gesamthaft gesehen bedeutet dies eine beeindruckende Summe disparater Neuerungsbegehren, über die nur noch wenige eine Übersicht besitzen.

Es ist sehr schwierig, diese Flut einigermaßen zu kanalisieren oder verfassungsrechtlich ausgedrückt: Es ist für den Bundesrat kein Leichtes, seiner Pflicht als oberste und leitende Behörde nach Art. 95 BV nachzukommen. Es wäre sehr interessant, jetzt anhand einzelner Bereiche, etwa der Finanz- oder Verkehrspolitik, darzulegen, zu welcher unübersichtlicher Situation diese eindruckliche Zahl gleichzeitig vorliegender, sich aber inhaltlich leicht bis diametral widersprechender Vorlagen führt. Doch muß ich mangels Zeit darauf verzichten.

Sie werden ohnehin meine Absicht erkannt haben: Es ging mir darum zu zeigen, daß intensiv genutzte Volksrechte einerseits und parlamentarische Aktivitäten andererseits zusammen in bestimmten Phasen recht eigentlich zu einer Zerreiß-Probe für unsere demokratische Institutionen führen können, einer Zerreiß-Probe, die dann zwangsläufig die Frage nach der Re-



gierbarkeit aufkommen läßt. Bundesrat und Verwaltung werden diesem Ansturm dank ihrer qualifizierten Stäbe wohl am längsten und pflichtgemäß gewachsen sein. Wie aber kann man Parlament und Volk, die über ihre eigenen Kompetenzen ebenfalls tief in die Regierungsgeschäfte eingreifen, vor der Gefahr eines möglichen Kollapses bewahren? Wie die Referenten in vielen Bereichen, lasse ich es hier meinerseits bei der Frage bewenden. Nachdenken darüber müssen wir aber früher oder später alle, sonst könnte der einleitend zitierte Satz von Herrn Professor AUER: «La Suisse est une démocratie et fière de l'être» eines Tages vielleicht nicht mehr ganz stimmen.

Prof. LUZIUS WILDHABER, Basel/Oberwil:

Die Herren Kollegen AUER und RHINOW haben uns zwei schöne, tiefeschürfende und umfassende Referate vorgelegt. Ich empfinde weniger das Bedürfnis nach kritischer Auseinandersetzung mit ihnen, sondern möchte zwei Dinge beifügen, das eine mehr von innen her gesehen zum Stichwort Demokratiebegriff und Akzeptanz, das andere mehr von außen gesehen zum Demokratiebegriff außerhalb der Schweiz.

Die Staatsgewalt geht in der Demokratie vom Mehrheitsentscheid aus. Alle Theorien, welche die Zustimmung des gesamten Volkes voraussetzen, sind nicht nur mystische oder idyllische Verklärungen, sie sind letztlich gefährlich, weil sie die Gefahr des Umkippen in totalitäre Richtungen in sich bergen. Demokratie geht also vom Mehrheitsentscheid und somit in gewissem Maße von Fremdbestimmung aus. Zu Recht betonen die Referenten, daß diese Umschreibung nicht verabsolutiert werden darf. Unsere Demokratie ist verwoben in das staatliche und gesellschaftliche Ganze, gebremst, gemildert, wohl auch verklärt durch Föderalismus, Minderheitenschutz, Grundrechte, Pluralismus, Proporz und Konkordanz. Ausgerechnet der große Positivist HANS Kelsen hat einmal sehr schön gesagt, die Demokratie sei die politische Form des sozialen Friedens, des Ausgleichs der Gegensätze, der gegenseitigen Verständigung auf einer mittleren Linie.

Aus diesen Umschreibungen resultieren begriffliche und praktische Probleme. Wer Demokratie sagt, meint einmal den Mehrheitsentscheid, ein anderes Mal aber den Gesamtzustand der staatlichen Ordnung. Vielleicht meldet man auch nur möglichst lautstark seine Machtansprüche im Vorverfahren der

Meinungsbildung an. Jüngste Beispiele dafür haben wir etwa bei der Diskussion um die «Akzeptanz» der Tempolimiten erlebt. Soweit man mit «Akzeptanz» meint, Rechtsnormen müßten von dem Betroffenen als legitim angesehen werden, müßten von möglichst vielen freiwillig befolgt werden und müßten gegenüber Minderheiten tolerant und großzügig sein, soweit befinden wir uns auf durchaus klassischem Boden. Mißbräuchlich wird hingegen der Begriff der «Akzeptanz», wenn einige wenige Verbände oder Verbandsspitzen in amorphen Vorverfahren Vetorechte beanspruchen. Solche Vetorechte beruhen eben nicht auf einem demokratischen Mehrheitsentscheid, sondern sind allenfalls sich formierende, vage Mehrheitsgefühle ohne volle Information über die Argumente aller beteiligten und zuständigen Organe. Der demokratische Mehrheitsentscheid der zuständigen Organe soll massiv beeinflußt, umgebogen oder verhindert werden. Zu Beginn der 1970er Jahre haben wir bei den Funktionen des fakultativen Referendums vor allem die Referendumsdrohung und die präventiven Vorwirkungen hervorgehoben. Die beiden Referenten haben sich dazu kritisch geäußert und darauf hingewiesen, daß dies eine zu einseitige Sicht der Dinge sei. Es wäre schade, wenn wir nun statt dem fakultativen Referendum dem Vernehmlassungsverfahren übertriebene Vorwirkungen zubilligen wollten. Man hat allerdings den Eindruck, daß der Bundesrat dies genau bei den Tempolimiten getan habe. So ist er zu dem bekannten Kompromiß von 80/120 km gelangt, der bei Befürwortern und Gegnern wohl eher ein doppeltes Nein als ein doppeltes Ja hervorgerufen hat.

Herr RHINOW geht davon aus, Demokratie sei Idee, Norm und Realität. Für unsere innerstaatlichen Zwecke trifft diese Analyse sicher zu. Blickt man über die Grenzen, so begegnet man dem Begriff der Demokratie überall, aber mit durchaus verschiedener Bedeutung. Es gibt sogar Volksdemokratien, offenbar weil es Regimes gibt, deren Demokratie durchaus ohne Volk auskommen kann. Man wäre geneigt zu sagen, rechtsvergleichend und weltweit gesehen sei Demokratie nicht nur Idee, Norm und Realität, sondern teilweise auch Verschleierung, Utopie oder gar Lüge.

Im internationalen Recht gibt es zwar zahlreiche Ansätze zu einer Gewährleistung der Demokratie, doch fehlt ihnen die Stoßkraft. Es ist nicht gelungen, die Anerkennung von Staaten und Regierungen bloß auf wirklich demokratische Regimes zu beschränken. Das Selbstbestimmungsrecht, das ursprünglich

vor allem demokratisch und national inspiriert war, ist in erster Linie zum Kampfmittel und Instrument der Dekolonisierung geworden. Der UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte enthält Menschenrechtsgarantien, Diskriminationsverbote, Minderheitenrechte und die Gewährleistung echter, wiederkehrender, allgemeiner, gleicher, geheimer und freier Wahlen. Dem Pakt fehlen jedoch die zugrundeliegende Homogenität und Lauterkeit der Überzeugung und die verfahrensrechtlichen Absicherungen, welche die europarechtliche Ebene auszeichnen.

Auf der europäischen Ebene bestehen ungleich wirksamere und ernsthaftere Garantien des Demokratie-Gedankens. Auf die Europäischen Gemeinschaften will ich nicht näher eingehen. Die Satzung des Europarates, an der ja auch die Schweiz mitwirkt, steht nur Demokratien zum Beitritt offen. Und gemäß den Art. 8–11 der Europäischen Menschenrechtskonvention sollen Grundrechtsbeschränkungen nur zulässig sein, wenn sie in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat im «closed shop»-Fall *Young, James und Webster c. Großbritannien* dazu bemerkt, dem Pluralismus, der Toleranz und der Freiheit und Großzügigkeit der geistigen Einstellung komme die Bedeutung von fundamentalen Wesensmerkmalen einer «demokratischen Gesellschaftsordnung» zu. Auch wenn Individualinteressen gelegentlich hinter den Interessen einer Gruppe zurücktreten müßten, so habe die Demokratie dennoch nicht nur den Vorrang der Anschauungen der jeweiligen Mehrheit zum Inhalt: Es sei ein Ausgleich herzustellen, der eine gerechte und angemessene Behandlung von Minderheiten gewährleiste und jeglichen Mißbrauch einer Vormachtstellung vermeide (EuGRZ 1981 562, § 63). Diese Passage zeigt sehr schön das Prozeßhafte der Demokratie-Verwirklichung und die Notwendigkeit der Verankerung des Demokratie-Gedankens in einem breiten Kontext. Insofern führt sie auf meine erste Bemerkung zurück, wonach man mit Demokratie einmal den Mehrheitsentscheid, andererseits aber auch den Gesamtzustand und die komplementäre Ambiance der staatlichen Ordnung meinen kann.

Prof. Dr. WOLF LINDER, Lausanne:

Dem Schweizerischen Juristenverein möchte ich zur Wahl des Themas und den beiden Referenten zu ihren aufschlußreichen

Referaten zu «Grundproblemen der Demokratie» herzlich danken. Ich sage das als Politologe, der seine juristische Grundausbildung immer noch sehr gebraucht und schätzt, und dem vermehrte Kontakte zwischen Recht und Politologie am Herzen liegen. Sie, Herr RHINOW und Herr AUER, haben für ein solches interdisziplinäres Gespräch wichtige Brücken geschlagen, indem sie viele Befunde der jüngeren politikwissenschaftlichen Forschung verarbeitet haben, und ich bin sicher, daß Ihre Beiträge nicht nur bei Juristen, sondern auch bei Politologen große Aufmerksamkeit finden. Die Förderung des gegenseitigen Verständnisses, vielleicht gar eine kleine Prise Konkordanz scheint mir auch dort wichtig, wo Juristen und Politologen über Demokratie diskutieren.

Nun zu Ihnen, Herr RHINOW: Als erstes ist mir aufgefallen, wie überaus kritisch Sie nicht nur die Alltagsvorstellungen, sondern auch die wissenschaftlich-normativen Annahmen von Demokratie und Demokratiebegriff befragen. Ich würde eine solche Distanz zum Normativen, die kritische Befragung des Normalen und Selbstverständlichen also, sehr begrüßen. Allerdings meine ich, bei Ihnen nicht immer die gleiche Distanz zu finden. So bemühen Sie einerseits erkenntnistheoretische Gründe, um die Irrtumsanfälligkeit des Mehrheitsentscheids des Parlaments oder der direkten Demokratie zu begründen. Andererseits nehmen Sie für die übrigen Behördenentscheide eine Vermutung der Richtigkeit und des Handelns für Gerechtigkeit in Anspruch, die dazu merkwürdig, fast wie eine behördliche Selbstdarstellung, kontrastiert. Gewiß, Behördenentscheide unterliegen der Rechtsbindung und dem Rekurs auf höhere Instanzen. Aber wie soll Rechtsbindung zum richtigen Resultat führen, wenn der Mehrheitsentscheid, das Gesetz also, so irrumsbehaftet sind, wie Sie sagen, und wenn, wie bestimmte Juristen behaupten, das Bundesgericht nicht das letzte Wort hat, weil es weiser ist, sondern umgekehrt? Ich sehe darum in ihrer Irrtumsoffenheit des Mehrheitsentscheids und der Richtigkeitsvermutung des Behördenentscheides einen gewissen Widerspruch, und ich meine Sie argumentieren dabei auf verschiedenen Ebenen: im ersten Fall erkenntnistheoretisch, im zweiten Fall auf Ebene der Geltung und Anerkennung von Recht. Ich wäre froh, wenn Sie sich dazu äußern würden.

Ich glaube, zu den wichtigeren Erkenntnissen der jüngeren Politikwissenschaften gehören der Funktionswandel des Referendums zu einem partiellen Verbandsrecht sowie die Zusammenhänge zwischen Volksrechten und Verbandsstaat. Das ist



in Ihrem Referat gebührend zum Ausdruck gekommen. Wenn Sie trotzdem auf dem ursprünglichen Kontrollcharakter der Volksrechte beharren, so deckt sich das durchaus mit belegbaren Beispielen. Aber das Problem der Kontrolle bleibt, so scheint es mir wenigstens, und zwar wegen der Verstetigung der politischen Einfluß- und Machtchancen in der Verdoppelung von Konkordanz- und Verbandsstaat, wo eben Wahlen die Chancen des programmatischen Wandels nicht bringen und Sachabstimmungen einen bloß punktuellen Einfluß gestatten.

Quant à M. AUER: J'ai particulièrement apprécié votre démarche méthodologique, à savoir votre distinction entre institutions politiques et idéologie de la démocratie. Il est vrai, on ne peut pas parler de l'un sans l'autre, et votre critique idéologique nous permet aussi de mieux comprendre les institutions. Cependant, nous n'avons aucune méthode scientifique pour distinguer entre les réalités institutionnelles et les réalités idéologiques, sinon le discours infini, publique et égalitaire, qui est plutôt une idée qu'une réalité. Pour en prendre un point: je suis tout à fait d'accord avec vous, il ne faut pas surestimer l'importance de l'abstentionnisme en Suisse; surtout, il ne faut pas surestimer les chiffres. Mais je ne suis pas aussi optimiste que vous sur le sujet de l'abstentionnisme. Grâce à des études sociologiques, aujourd'hui nous savons qu'il y a de nouveaux clivages entre les couches sociales et les nouveaux groupes de la politique. Nous savons aussi qu'il ne faut pas s'inquiéter des chiffres bruts de l'abstentionnisme. Mais il s'agit du problème de la représentativité de ceux qui votent: c'est cela qui m'inquiète. Nous savons que parmi les citoyens actifs, il nous manque les travailleurs, les femmes, les jeunes, les couches moins éduquées ou moins intégrées. Ce problème existe dans beaucoup de pays industrialisés ou de haut niveau économique. Est-ce que la démocratie change de nature, comme aux Etats-Unis, où les économistes et politologues constatent que le pouvoir politique et la majorité démocratique se font sans le 10 % de la population le moins favorisé? Ce serait un changement tant de réalité que d'idéologie de la démocratie traditionnelle.

Finalement, j'aimerais attirer votre attention sur deux questions, qui me semblent d'un intérêt particulier pour un approfondissement scientifique entre juristes et politologues. La première serait les structures du «Verbandsstaat». Dans quelle mesure existe-t-il des moyens institutionnels pour garantir l'équilibre entre les pouvoirs constitutionnels et les pouvoirs réels des organisations économiques. Une question de sépara-

tion des pouvoirs classique, naturellement, mais une question qui mérite l'intérêt sous une perspective nouvelle.

Deuxième problème, les décisions irréversibles. Quelles règles de décision sont appropriées aux situations dans lesquelles la possibilité d'une révision de la première décision n'existe pas? M. RHINOW a soulevé le problème, mais il faut aller plus loin, approfondir. C'est cela qui me paraît important.

Prof. RICHARD BÄUMLIN, Nationalrat, Oberwil/Simmental:

Die Fragen, die ich aufgreifen möchte, betreffen vor allem das Methodische. Zunächst möchte ich aber meinerseits den beiden Referenten danken. Ich finde ihre Arbeiten interessant, gerade auch dort, wo sie zum Widerspruch herausfordern. Beide haben mich übrigens auf Fragen angesprochen, die gerade das Methodische betreffen. Ich darf Herrn RHINOW zitieren, der von meinem «reduktionistischen Rechtsstaatsverständnis» gesprochen hat, das die überschießenden Gehalte der Rechtsstaatsidee jenseits oder diesseits des Demokratieprinzips verkenne. Nun, Herr RHINOW, ich reduziere Demokratie nicht auf den Mehrheitsentscheid, obschon er wichtig ist, sondern zähle z. B. auch Grundrechte zum unerläßlichen Gehalt der Demokratie. Ich bin auch bereit, mit Ihnen über neue Formen des Minderheitenschutzes zu sprechen. Doch bräuchte ich dazu nirgends den Rechtsstaatsbegriff.

Wo ist unsere Differenz zu suchen? Sie ist in unterschiedlichen methodischen Ansätzen begründet. Ihre Methode ist, wenn ich recht sehe, im wesentlichen begriffsrealistisch. Es handelt sich um einen Ideenplatonismus, den ich gut kenne, weil ich auch einmal in ihm gelebt habe, bis ich dann fand, daß diese Betrachtungsweise unzulänglich ist. Freilich ist es gerade unter Juristen weithin üblich, daß man von Ideen – wie «Rechtsstaat», «Demokratie», «Sozialstaat» usw. – ausgeht, die man als vorgegeben und irgendwie moralisch evident voraussetzt. Anschließend setzt man diese Ideen zueinander in Beziehung, stellt Konkordanzen zwischen Ideen her. Bei alledem bleibt die geschichtliche Herkunft dieser Ideen im Grunde ungeklärt. Vielleicht bezeichnet man sie als «geschichtlich gewachsen». Doch hat das noch keinen greifbaren Informationswert. Ich sehe mich heute außerstande zu definieren, was «Demokratie schlechthin», was der «Rechtsstaat überhaupt»



oder was «Sozialstaat an und für sich» sei. Das sind unergiebiges Fragestellungen. Nötig sind gesellschaftliche und historische Analysen. Wir müssen uns darum bemühen, festzustellen, was diese Begriffe in der Vergangenheit bedeutet haben, welche Begriffswandlungen sie durchgemacht haben und wie diese zu erklären sind. Wer hat definiert, wie wurde definiert, welche gesellschaftlichen Interessen, welche Macht standen jeweils dahinter?

Was den Rechtsstaatsbegriff betrifft, komme ich zu einer interessanten Feststellung. Der Rechtsstaatsbegriff hat in der juristisch-politischen Diskussion in der Schweiz bis etwa 1940 keine Rolle gespielt. Der freisinnige Solothurner Nationalrat SIMON KAISER, zugleich ein politischer und juristischer Schriftsteller von Format, hat in seinem Schweizerischen Staatsrecht (1859), den «Rechtsstaat» als Schranke gegen den deutschen *Obrigkeitsstaat* gewürdigt, für die Schweiz als Demokratie als überflüssig abgelehnt. «Rechtsstaatliche» Prinzipien, insbesondere Bindung der Verwaltung an das Gesetz und die Grundrechte, gehören nach SIMON KAISER selbstverständlich zum Gehalt der Demokratie.

Die Geschichte des Rechtsstaatsbegriffs ist äußerst interessant. Als Kampfbegriff gegen den Obrigkeitsstaat deutschen Typs aufgekommen, wird der Rechtsstaatsbegriff zur Zeit der Weimarer Republik mehr und mehr gegen die Demokratie eingesetzt. Ich kann das heute nicht im einzelnen nachzeichnen. Wie sehr die Wandlungen des Rechtsstaatsbegriffs jeweils politisch motiviert sind, möchte ich jedoch noch an einem Phänomen aus neuerer Zeit veranschaulichen. In der Schweiz hat sich, ungefähr seit der Besetzung des AKW-Geländes in Kaiseraugst (1975), eine eigenartige Wandlung des Rechtsstaatsbegriffs vollzogen. War der Rechtsstaatsbegriff bisher stets eine Parole zur Beschränkung der Staatsgewalt, galt also bislang ausschließlich der Staat selber als möglicher Bedroher der «Rechtsstaatlichkeit», wurden nun plötzlich die Besetzer, Privatpersonen, als Gefahr für den Rechtsstaat bezeichnet, und man begann, im Namen des Rechtsstaates gerade den Ausbau der Polizei und die Verschärfung des Strafrechts zu fordern. Ich lade Sie ein, selber über die Hintergründe, über den Sinn und die Bedeutung dieser Begriffswandlung nachzudenken.

Nun zu Herrn AUER. Ich finde Ihre Ideologiekritik sehr verdienstlich. Sie deckt sich zum Teil mit Überlegungen, die auch andere, darunter ich selber, schon vorgetragen haben. Gleichwohl muß ich sagen, daß mich das Referat zum Teil

enttäuscht. Herr AUER stützt sich auf GRAMSCI und FOSSAERT, denen wir wesentliche Beiträge zur Theorie der Ideologie verdanken. Doch wird leider der kritische Gehalt, der sich besonders in FOSSAERTS Analyse des ideologischen «discours social» aber auch bei verschiedenen lateinamerikanischen Autoren findet, im Referat nicht aufgenommen. Gerade wenn man sich auf die im Referat zitierten Autoren beruft, ist es, wie es schon WOLF LINDER sagte, unmöglich, zwischen Demokratie als Institution und Demokratie als Ideologie zu unterscheiden. Das läßt sich etwa mit Äußerungen ABBÉ DE SIÉYÈS' in seinem Bericht über die Menschenrechtserklärung an die Nationalversammlung illustrieren. ABBÉ DE SIÉYÈS schrieb der Erklärung der Rechte der Menschen und der Bürger vor allem auch die Funktion zu, ein neues Weltbild, eine neue Ideologie, wie man heute sagen kann, zu schaffen. So komme der Rechteerklärung eine ähnliche Funktion zu wie früher dem Katechismus. Die im Referat vorgenommene Unterscheidung ist also deshalb nicht möglich, weil die Rechtsnormen und die rechtlichen Institutionen selber Träger von Ideologien im Sinne von Interpretationen der Gesellschaft sind.

Dann hat mich die Art, wie auch die Funktion irrationaler Ideologien letztlich durchaus positiv gewertet wird, gestört. Gewiß können auch sie systemstabilisierend wirken. Wieweit ist aber derartige Systemstabilisierung verläßlich? Und vor allem: Wie kann eine Systemstabilisierung, die sich auf Illusionen stützt, wirklich demokratischen Anforderungen genügen? Das Lob der Ideologie, das Herr AUER vorträgt, hat mich an den Elite-Theoretiker GAETANO MOSCA erinnert. Nach MOSCA braucht jedes politische System, jedes Herrschaftssystem, eine «politische Formel», d. h. einen Inbegriff von politischen Glaubenssätzen, die noch so irrational, noch so realitätsfremd sein können, solange sie nur zu konformem Verhalten motivieren und systemstabilisierend wirken. Das war der Standpunkt eines zynischen Konservativismus, den ich Herrn AUER gewiß nicht zuschreibe. Doch grenzt sich das Referat von einer derartigen Position nicht schlüssig ab.

Darf man sodann die fehlende Demokratie innerhalb der Verbände und insbesondere innerhalb der Parteien so verharmlosend darstellen, wie es im Referat geschieht? Zu welchen Konsequenzen kommen wir, wenn wir das einfach hinnehmen? Hat dann am Ende das böse Wort recht, welches meint, daß sich die politischen Parteien heute bloß noch durch die Art unterscheiden, wie sie vor den vollendeten Tatsachen kapitulieren?

Ist die unentwickelte innerparteiliche Demokratie nicht ein Indiz für die Begründetheit der These, daß die traditionellen politischen Parteien effektiv die Funktion erfüllen, politische Proteste und Forderungen nach alternativer Politik zu absorbieren und unschädlich zu machen? «Jede Bundesratspartei hält sich, weil sie etwas auf sich hält, eine Jugendorganisation. Aber sie ist auch gehalten, dafür zu sorgen, daß die Jungen es nicht zu wild treiben.» Stimmt das? Wenn ich diese Frage aufwerfe, mache ich damit nicht zum voraus Unterschiede zwischen den verschiedenen Parteien.

Eine letzte Bemerkung richtet sich an beide Referenten: Ich bin etwas enttäuscht darüber, daß die ökonomische Problematik völlig ausgeklammert geblieben ist. Das wirtschaftliche Umfeld – national und international – setzt den heutigen Demokratien Rahmenbedingungen. Daraus ergeben sich schwierige Probleme für Demokratietheorie und demokratische Politik. Worin besteht die staatliche Wirksamkeit innerhalb dieses Rahmens, nicht die ideologisch behauptete – wir wissen, daß der Staat per definitionem dem «Gemeinwohl» dient –, sondern die effektive? Der Staat tritt als Verwalter des Wirtschaftswachstums auf, in neuester Zeit der Rezession und ihrer Folgeerscheinungen. Mehr und mehr wirkt der Staat als Transmissionsriemen zur Integration nationaler Wirtschaften in die Weltwirtschaft, wobei sich die Einzelpolitiken und die Methoden freilich von Land zu Land stark unterscheiden. Nach der Auffassung vieler sind die wirtschaftlichen Probleme auf nationaler und auf internationaler Ebene nur technokratisch zu lösen. Darum ist nach der Meinung etwa HELMUT SCHELSKYS die Demokratie im Grunde gegenstandslos, obsolet. Und wenn man die Demokratie unter solchen Umständen nicht einfach abschaffen will, dann deshalb, weil man etwas wie eine theatrale Verkleidung der Wirklichkeit für nötig halten mag. Parlamentarische Verhandlungen als ein Verfahren, in dem das, was ohnehin geschieht als Resultat demokratischer Diskussion ausgegeben werden soll? Ich stehe nicht auf dem Boden der technokratischen Theorie. Leider hat sie aber einen gewissen Erklärungswert. Eine fruchtbare, wirklich weiterführende Demokratietheorie müßte sich all diesen Fragen stellen, das ökonomische Umfeld in seiner ganzen Komplexität in die Analyse einbeziehen. Dies ist eine Forderung, die sich an jeden Sozialwissenschaftler stellt, gleichgültig, wo er politisch steht. Wie sehr ich auch manches, was in den beiden Referaten steht, schätze, so hat mir diese Dimension eben doch sehr gefehlt.

Prof. WALTER HALLER, Meilen:

Ich möchte meinem Votum einen Dank an die Referenten voranstellen. Beide haben Wesentliches zur Erfassung und wissenschaftlichen Fundierung des schweizerischen Demokratieverständnisses geleistet; und ich habe jedenfalls das Referat von Herrn AUER viel positiver aufgenommen als Herr BÄUMLIN. Das mag vielleicht auch auf einem andersgearteten ideologischen Vorverständnis beruhen.

In beiden Referaten wird die Demokratietheorie in den Vordergrund gerückt und die Frage nach institutionellen Reformen bewußt etwas auf die Seite geschoben. Die von den Referenten vermittelten Einsichten werden aber zweifellos auch bei der Erarbeitung von Vorschlägen de constitutione ferenda außerordentlich hilfreich sein, weil Reformen von klaren Vorstellungen über Stellenwert und Funktion der Volksrechte ausgehen müssen.

Wenn wir uns dieser Frage nach Reformen zuwenden, so gibt es Probleme, die sofort gelöst werden sollten, z. B. die vom Bundesrat bereits beantragte Ausgestaltung des Abstimmungsverfahrens bei Vorliegen einer Verfassungsinitiative und eines Gegenvorschlages in einer Weise, die dem Bürger ermöglicht, alle denkbaren Präferenzordnungen zum Ausdruck zu bringen. Die Brüder HAAB, die ich im Saal sehe, haben einmal ausgerechnet, daß es 13 verschiedene Präferenzordnungen sind, und unser geltendes Recht erlaubt es nur, deren vier zum Ausdruck zu bringen, was Herr AUER meines Erachtens zu Recht als «déformation procédurale» bezeichnet, auch wenn es Politiker gibt, die dies immer noch verteidigen und die dem Grundsatz «quieta non movere» huldigen.

Endlich beseitigt werden sollte auch die politische Diskriminierung der Frauen in den beiden Appenzell, und zwar durch klare politische Entscheidungen, nötigenfalls durch Revision der Bundesverfassung. Der Föderalismus findet seine Schranken dort, wo es um grundlegende Rechte des Bürgers geht. Problematisch allerdings wäre die Einführung eines kantonalen Frauenstimmrechts durch richterliche Verfassungskonkretisierung, der unter anderem die – m. E. von Herrn AUER in seiner Fußnote 15 zu leicht genommene – Hürde von Art. 74 Abs. 4 BV sowie die noch frischen Materialien zum revidierten Gleichheitsartikel 4 BV im Wege zu stehen scheinen.

Die wohl schwierigste Frage, die längerfristig gesehen einer Lösung bedarf, betrifft das, was Herr RHINOW auf S. 218 ff. als



«Objektproblem» bezeichnet. Das Volk darf immer wieder Stellung nehmen zu Fragen, die von zweitrangiger politischer Bedeutung sind, während andere, für das Staatsganze wichtigere Entscheidungen, die den Bürger auch mehr interessieren würden, teilweise in Verfahren und Formen getroffen werden, die sich einer Einwirkung mittels Institutionen der direkten Demokratie entweder entziehen oder die solche Einflußnahmen erst in einem Zeitpunkt zulassen, in welchem schon wichtige Weichenstellungen erfolgt sind, aus denen Sachzwänge resultieren. Dieses Phänomen hängt vor allem zusammen mit der schon von meinem Lehrer ZACCARIA GIACOMETTI aufgezeigten Entwicklung zum «Exekutivstaat», mit der Verschiebung wichtiger Entscheidungen auf Vor- und Nachstadien des parlamentarischen Verfahrens – auch Herr AUER hat in diesem Zusammenhang heute von einem «déclin de la loi» gesprochen –, mit der wachsenden Bedeutung «offener» Normierungen und dem Fehlen geeigneter Rechtsformen für die immer wichtiger werdenden Planungen und Globalkonzepte. Das Bundesrecht verknüpft Initiative und Referendum mit dem Erlaß generell abstrakter Normen, wobei der Bundesgesetzgeber mit seiner mißglückten Legaldefinition des allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses im Geschäftsverkehrsgesetz über die Intentionen des Verfassungsgebers hinausgegangen ist. Politische Entscheidungen, die nicht in der Form eines Rechtssetzungsaktes des Parlaments ergehen, sind daher der Kontrolle des Volkes weitgehend entzogen und können höchstens noch mit dem in vielen Fällen inadäquaten Mittel einer Volksinitiative auf Partialrevision in einem viel zu späten Stadium in Frage gestellt werden. Das Problem besteht auch in den Kantonen, trotz des Finanzreferendums. Wir Juristen können einen Beitrag leisten zur Erarbeitung von Lösungen, die eine rechtzeitig wirksame und sinnvolle Kontrolle mittels direktdemokratischer Institutionen ermöglichen.

In der staatsrechtlichen Literatur werden mehrere Reformvorschläge vorgestellt, deren Verwirklichung nach Auffassung der Autoren zu einer Verwesentlichung der Demokratie führen würde. Ich will diese Vorschläge nicht Revue passieren lassen, sondern abschließend nur zwei Gedanken dazu skizzieren:

1. Wir müssen immer das Problem der Grenzen der direkten Demokratie, der Überforderung des Stimmbürgers, mitbedenken. Schon heute wissen bei komplizierten Vorlagen viele Bürger – auch solche, die abgestimmt haben – nicht, um was es

geht. Das haben zuverlässige Untersuchungen, auf die in den Referaten Bezug genommen wird, ergeben. Das sollte uns bei der Prüfung von Vorschlägen, die auf eine Ausweitung der Volksrechte zielen, zur Vorsicht mahnen. Das Interesse des Bürgers für eine Frage ist allerdings nur ein Indiz für deren staatspolitische Bedeutung und Eignung als Gegenstand für eine Volksabstimmung. Herr Dr. HANS-PETER MOSER, der sich immer durch pointierte Äußerungen auszeichnet, hat gestern im Gespräch gesagt, daß wenn man durch eine Meinungsforschung heute feststellen würde, welche Fragen das Schweizer Volk zur Zeit am meisten bewegen, dann würde man wahrscheinlich drei Antworten bekommen: 1. die Frage Tempo 80 oder Tempo 100; 2. soll Frau Kopp Bundesrätin werden und 3. soll Herr Wolfisberg weiterhin Trainer der schweizerischen Fussballnationalmannschaft sein.

Es gibt auch andere Entscheidungen, zum Beispiel auf dem Gebiet der Raumplanung, wo eine Abstimmung zur Lotterie werden könnte.

Vor allem brauchen wir auch in einer Referendumsdemokratie eine politische Führung, die wichtige Entscheide selber treffen kann und hierfür die politische Verantwortung trägt.

2. Verstärkte demokratische Mitwirkung ist kein Allheilmittel. Sowohl Herr AUER wie auch Herr RHINOW haben die wechselseitige Verschränkung der Demokratie mit andern, ebenso wichtigen Werten unserer Verfassung in Erinnerung gerufen. Manche Entscheidungsverfahren werden keineswegs verbessert, wenn man den Reformhebel in einseitiger Weise unter dem Motto «mehr Demokratie» oder «Demokratie der Betroffenen» ansetzt. Oft ist es sachgerechter, die Einwirkungsmöglichkeiten spezifisch berührter Adressaten auf einer andern Ebene zu verstärken, z. B. durch einen Ausbau von Verfahrensrechten und Einsprachemöglichkeiten oder durch die Einräumung von Rechtsmitteln, also durch verstärkte Berücksichtigung der rechtsstaatlichen Komponente, auch wenn SIMON KAISER diese Komponente noch als absonderlich empfunden hat. Das entspricht dem Konzept des «structural due process», das Herr JÖRG PAUL MÜLLER erstmals in die schweizerische wissenschaftliche Diskussion eingebracht hat und das Herr RHINOW in seinem Referat aufnimmt. Gerade im Zusammenhang mit dem von meinem Zürcher Kollegen ALFRED KÖLZ nachdrücklich verfochtenen Postulat, Konzessionserteilungen und andere wichtige Verwaltungsentscheide vermehrt dem Referendum



zu unterstellen, könnte sich eine bessere Verwirklichung rechtsstaatlicher Entscheidungsstrukturen als Alternative anbieten.

Dr. ULRICH E. GUT, Bern:

Die Demokratie ist ein nahezu unbestrittenes Ideal, dessen politische Kraft Herr Prof. AUER eindrücklich dargestellt hat (S. 68 ff.). Keineswegs unbestritten sind dagegen die *direktdemokratischen Institutionen unseres Landes*.

Ein Beispiel: HANS PETER HERTIGS Kurzformel, Abstimmungserfolge seien käuflich, spricht einem ausschlaggebenden Teil der Stimmenden die Fähigkeit ab, unter dem Einfluß intensiver politischer Propaganda nach *eigenen* Interessen, Grundsätzen und Erfahrungen zu entscheiden. Obwohl Geld, seine Verwendung, sein Einfluß Alltagsthemen und Alltagsprobleme darstellen, anerkennt die Käuflichkeitsformel nicht einmal die Chance, daß eine hinreichende Zahl von Aktivbürgern durch kostspielige Propaganda stutzig gemacht und zur Selbstbesinnung gerufen werden könnte. Herr Prof. RHINOW hat das empirische Material, woraus dieses Bürgerbild abgeleitet wird, als aufs Ganze gesehen dürftig bezeichnet (S. 228). Es ist ein Zerrbild. Wenn es der Wirklichkeit entspräche, würde eine entscheidende Voraussetzung nicht nur der *direkten* Sachdemokratie, sondern der Sachdemokratie *überhaupt* fehlen: Eine Flucht in den Parlamentarismus würde nichts helfen, da die demokratische Bestimmung des Staatshandelns in einer rein parlamentarischen Demokratie nicht leichter, sondern sehr viel schwieriger ist als in der Referendumsdemokratie.

Untersuchungen und Theorien über Höhe und soziale Zusammensetzung der Abstimmungsbeteiligung haben gelegentlich dazu Anlaß gegeben, die direkte Bürgermitwirkung in Frage zu stellen, Herr LINDER hat auf diese Untersuchungen angespielt. Nun haben aber Politologen darauf aufmerksam gemacht, daß die Teilnahme an den Urnengängen nur *eine* direktdemokratische Beteiligungsform *neben andern* ist. Herr Bundeskanzler BUSER hat uns dies dokumentiert. Die Vermutung, daß der Bürger seinen Entscheid über die Nutzung verschiedener Beteiligungsmöglichkeiten hauptsächlich nach dem Kriterium der *Effizienz des individuellen Einsatzes* fällt, scheint mir nahe zu liegen. Unterbewertet wird in der Lehre meist noch die Beteiligungsform der *Verbands- und Vereinigungstätigkeit*;

je mehr sich aber *Nachteile der additiven Methode* zeigen, die die *Parteien* zur Integration von Interessen bisher vorwiegend angewandt haben, Herr Bundeskanzler BUSER hat uns diese Nachteile drastisch vor Augen geführt, desto fragwürdiger wird ein sozialetisches Pauschalurteil gegen Beteiligungsorganisationen, die die Anliegen ihrer Mitglieder *unmittelbar* in den staatlichen Entscheidungsverfahren vertreten.

Herr Prof. WILDHABER, Herr Prof. LINDER, beruht denn nicht die Referendumsdrohung vollumfänglich auf Beteiligungsbereitschaft, auf Bereitschaft zum Unterzeichnen des Referendums. Ich habe den Eindruck, daß hier ein Umdenken notwendig ist, vielleicht vergleichbar mit der Bejahung des Parteienstaates durch die Repräsentationslehre um die Mitte unseres Jahrhunderts.

Es ist nicht zu bestreiten, daß das Komplizierterwerden der zu entscheidenden Fragen die Beteiligung erschwert und reduziert. Verglichen mit der rein parlamentarischen Demokratie hat die Referendumsdemokratie jedoch den Vorteil, daß dieses Problem sichtbar wird und nicht hinter Rauch und Dampf von Parlamentswahlen verschwindet, die zugleich – und in wechselnden Mischungsverhältnissen – Personenplebiszite und Programmplebiszite sind.

Demoskopische Untersuchungen über Willensbildung und Beteiligung können die *Warnsignale* verstärken, die in der teildirekten Demokratie auf die Gefährdung der demokratischen Bestimmbarkeit des Hochleistungsstaates hinweisen. Die *Leistungsfähigkeit der Demoskopie* ist allerdings *begrenzt*. Die unverbindliche Meinungsäußerung gegenüber dem Befrager eines Instituts erfolgt in einer anderen psychologischen und politischen Situation als das Einlegen einer Stimme in die Urne. Der Stimmverzicht ist ein *Entscheid*, der nicht durch Demoskopie in sein Gegenteil umgewandelt werden kann. Es wäre natürlich unzulässig, unter Berufung auf Meinungsforschung die Legitimität von Abstimmungsergebnissen in Zweifel zu ziehen; aber es ist auch nicht gerechtfertigt, das Ergebnis einer Repräsentativumfrage als «Willen der ganzen Schweiz» zu bezeichnen, wie es der WWF Schweiz im Januar 1983 in seinem Kampf gegen den Waffenplatz Rothenthurm getan hat.

Ein Postulat, das der Nationalrat 1982 überwies, regte angesichts einer «wachsenden Kluft zwischen Volk und Behörden und der damit einhergehenden Stimmabstinenz» den Bundesrat an, «eine umfassende Meinungsforschung bei allen Volksschichten und Altersklassen über die wesentlichen Gegen-

warts- und Zukunftsfragen anzuordnen» (Amtl. Bull. NR 1982, S. 1426 ff.). Dies wäre nicht mehr als ein Hilfsmittel der Regierungspolitik, durch welches das Kriterium «Akzeptanz» wohl noch mehr Gewicht bekäme. Herr Prof. RHINOW hat eindringlich dargelegt, und Herr Prof. HALLER hat es unterstrichen, daß die Behörden auch in der Referendumsdemokratie dazu eingesetzt werden, eine politische Eigenleistung, eine Führungsleistung zu erbringen (S. 198 f., 241). Amtliche Demoskopie könnte das Bewußtsein um diese Zwecksetzung schwächen.

Noch in der laufenden Legislaturperiode werden die Eidgenössischen Räte einen Bericht zur *Totalrevision der Bundesverfassung* beraten müssen. Dabei wird sich auch die Frage stellen, ob das summarische Plebiszit einer formellen Totalrevision ein zweckmäßiges, ein zeitgemäßes Verfahren ist. Der Vorentwurf der Expertenkommission von 1977 war ein Zusammenzug einer Vielzahl von Streitfragen. Und eine erste Durchsicht ergab, daß auch der Entwurf der Professoren ALFRED KÖLZ und JÖRG PAUL MÜLLER gut 30 stark umstrittene Änderungsvorschläge enthält, wie etwa die staatliche Überwachung aller Preise und Zinsen, die Mitbestimmung auf Unternehmensebene in großen und mittleren Unternehmen, eine offene Kompetenznorm für Lenkungsabgaben, das Stimm- und Wahlrechtsalter 18, die Verpflichtung der Kantone zur Proporzwahl ihrer Ständeräte, eine Bundeskompetenz für «Maßnahmen für die Verbesserung der Chancengleichheit» in Wahlen und Abstimmungen oder den Übergang zu einem Halbberufsparlament.

Die Chance, den Leistungsstaat demokratisch bestimmbar zu erhalten, besteht in der gründlichen öffentlichen Erarbeitung der einzelnen anstehenden Entscheidungen. Wertvoll sind auch die Bemühungen, dem Bürger bei Abstimmungen über Initiativen und Gegenvorschläge ein *präziseres* Votum zu ermöglichen – auch der Entwurf KÖLZ/MÜLLER enthält einen dahin zielenden Vorschlag. Mit einer formellen Totalrevision dagegen wird dem Bürger der *Verzicht* auf die bisher übliche Erarbeitung und auf die präzise Beantwortung der einzelnen Fragen der Verfassungsrevision empfohlen.

Ich schließe mit zwei Stellungnahmen, die mir beachtenswert scheinen. JAKOB DUBS – in «Ein offenes Wort an meine Mitbürger» – 1872 zur ersten, scheiternden Totalrevisionsvorlage: «Ich habe freilich, als die gegenwärtige Revision eingeleitet wurde, gewünscht, man möchte *punktweise* vorgehen, da ich ohne außerordentliche Gründe die Totalrevisionen, diese großen Wäuschen, bei welchen notwendig Vieles nur flüchtig gemacht

werden kann, nicht für gut halte. Die punktweise Revision läßt der Abstimmung des Volkes alle Freiheit, während in den mit Totalrevisionen verbundenen Abstimmungen *in globo* diese Freiheit nicht vorhanden ist.» – Und WALTHER BURCKHARDT in seinem Verfassungskommentar zu Art. 123: «Die Frage, ob in *globo* oder nach Materien abgestimmt werde, ist unabhängig von der Frage, ob eine Total- oder Partialrevision stattgefunden hat; sie hängt davon ab, was schließlich revidiert worden ist. Werden bei einer Totalrevision schließlich nur zwei ganz verschiedene Materien revidiert, so wäre es unnatürlich, darüber in *globo* abstimmen zu lassen. Die Bundesversammlung hat jeweils dasjenige Verfahren zu wählen, welches den Willen des Volkes am besten zum Ausdruck bringt.»

Prof. RICCARDO JAGMETTI, Zürich:

Unsere demokratischen Institutionen werden immer mehr als Mittel der Opposition betrachtet, als Mittel zur Abwehr des Unerwünschten, als Instrumente nicht so sehr in der Hand der Bürger als der Betroffenen. Demokratische Institutionen sind sicher auch Mittel der Abwehr, nur, so meine ich, nicht ausschließlich. Wir sehen das sehr deutlich am Referendum: Wer das Referendum ergreifen will, um das neue Eherecht der Volkssabstimmung zu unterstellen, der tut das nicht, um die erwünschte neue Lösung gleichsam durch das Volk legitimieren zu lassen, sondern weil er gegenüber der Arbeit des Parlaments Ablehnung empfindet. Und auch die Initiative, an sich das dynamisch-gestalterische Mittel, wird immer häufiger eingesetzt, um gewisse Entwicklungen abzuwehren. Ein unerwünschtes Bauvorhaben wird bekämpft durch eine Initiative zur Änderung des Zonenplanes, eine einmal getroffene Entscheidung wird durch eine Wiedererwägungsinitiative nochmals zur Diskussion gestellt. Ich kritisiere das nicht, ich stelle einfach fest, daß mit dem Gebrauch demokratischer Institutionen vielfach eine Abwehr von Handlungen des Gemeinwesens verbunden ist. Für mich ist dies ein Teil, aber eben nur ein Teil, der demokratischen Mitwirkung. Denn Volk und Behörden stehen ja nicht im Zustand permanenten Konflikts, sondern in jenem der Kooperation. Die Parlamentarier pflegen sich alle vier Jahre der Volkswahl zu stellen und sich in der Zwischenzeit in ihrem Selbstverständnis jedenfalls nicht als ausgesprochen volksfern zu verstehen. Der Wille zur Zusammenarbeit von



Volk und Behörden ist also da, und unsere Entscheidungsabläufe sind davon geprägt. Damit wird die demokratische Institution nicht nur zum Mittel der Abwehr, sondern auch zum Mittel der Gestaltung. Daß unser äußeres und gesellschaftliches Umfeld nicht ausschließlich durch demokratische Entscheidungen geprägt wird, daß vielmehr wirtschaftliche, technische und andere Faktoren einen wichtigen Einfluß auf unsere Lage haben, wissen wir alle. Das ändert aber nichts an der Feststellung, daß in der Demokratie die Bürger mitgestalten können.

Die Zuordnung der demokratischen Institutionen zur bloßen Abwehr ist aber von mir aus gesehen nicht nur eine zu enge Betrachtungsweise, sondern sie schließt die Gefahr in sich, daß sich Funktionsänderungen abzeichnen könnten, die etwa in folgende Richtung gingen: Demokratie und Rechtsschutz würden vermengt, die Legitimation durch den Volksentscheid würde die Bindung an das Gesetz und den Rechtsschutz ausschalten, die gewaltenteilende würde zur plebiszitären Demokratie. Dabei geht die Grundvorstellung, auf die Herr AUER heute nochmals eindrücklich hingewiesen hat, davon aus, daß das Gemeinwesen in einem zwei-stufigen Prozeß entscheidet: Rechtssetzung mit demokratischer Mitwirkung der Bürger auf der ersten Stufe, Rechtsanwendung mit Bindung an das Gesetz und Rechtsschutz des Betroffenen auf der zweiten Stufe. Ob man dies seit 1940 oder früher als rechtsstaatliche Demokratie bezeichnet hat oder nicht, ist für mich nicht so wichtig; bedeutsam ist, daß dieser Entscheidungsprozeß unserer Staatsstruktur zugrunde liegt. Daß er im modernen Staat für sich allein nicht mehr voll genügt und daß sich Durchbrechungen abzeichnen, ist uns wohl allen bewußt. Die Rechtssetzung wird in zunehmendem Maße delegiert. Herr RHINOW hat darauf hingewiesen, daß das Referendum verhältnismäßig selten ergriffen werde. Man könnte seine Betrachtungen noch ergänzen, indem man feststellt, daß in unserer schön gedruckten Amtlichen Sammlung eben der größte Teil der Druckseiten gar nie dem Referendum unterstand. Die Rechtssetzungsdemokratie bezieht sich so nur auf einen Teil der Rechtssetzung. Bei der Rechtsanwendung wird nun umgekehrt der demokratische Entscheidungsweg miteinbezogen. Neu ist das nicht, es erfolgte schon im 19. Jahrhundert teilweise. Die beiden Referenten weisen – etwas gar diskret, wie ich sagen möchte – in ihren Abhandlungen auch auf das Finanzreferendum hin. Es ist im Kanton Zürich gleichzeitig mit der direkten Demokratie der

Gesetzgebung eingeführt worden, hat in sehr vielen Fällen zur Lösung von Konflikten beigetragen und verletzt die rechtsstaatliche Ordnung deshalb nicht, weil ja die Betroffenen – etwa im Enteignungsverfahren – noch den Rechtsschutz genießen. Der zweite Verwaltungsbereich, in dem das Referendum, die direkte Demokratie also spielt, sind die heute auch schon erwähnten Konzessionen, bei denen das Gemeinwesen im Rahmen seiner Sachherrschaft entscheidet und bei denen die Rechtsstaatlichkeit durch die demokratische Entscheidung im Einzelfall ebenfalls nicht tangiert wird, weil die künftigen Konzessionäre keinen Anspruch auf diese Konzessionen haben und die Rechte der andern Betroffenen (etwa der zu enteignenden Grundeigentümer) in besonderen Verfahren geschützt sind.

Man könnte dazu neigen, diese Beispiele zu verallgemeinern und zu folgern, daß man weitere Rechtsanwendungsakte (etwa Bewilligungen) im Rahmen der direkten Demokratie durch das Volk entscheiden lassen solle. In Zürich ist von einem Kantonsrat vorgeschlagen worden, Steuerveranlagungen dem Parlament zur Genehmigung zu unterbreiten und so selbst für solche Akte den Weg der (hier indirekten) Demokratie zu wählen. Damit wird nun doch sehr deutlich, wo die Abgrenzung von Demokratie und Rechtsstaat liegt. Wenn die plebiszitäre Ordnung Platz greift und wenn alles, was der Staat anordnet, dem Volk zur Entscheidung vorgelegt werden kann, dann besteht erstens keine Bindung mehr an das Gesetz, weil die gleiche Behörde das Gesetz erläßt, die auch den konkreten Sachentscheid fällt, und zum anderen ist der Rechtsschutz nicht mehr gewährleistet, außer auf der höheren Organisationsebene, also gegenüber kantonalen Entscheiden auf eidgenössischer Ebene, gegenüber kommunalen auf den beiden oberen Stufen. Das kann m. E. nicht der richtige Weg sein. Ich plädiere absolut für das Finanzreferendum und habe gar nichts gegen das Konzessionsreferendum, aber ein allgemeines Verwaltungsreferendum einzuführen, würde in meinen Augen den vollständig falschen Weg darstellen, weil wir uns dann eben ganz entfernen würden von den rechtsstaatlichen Gewährleistungen. M. E. müssen wir an der zwei-stufigen Entscheidungsfolge festhalten. Eine erste Entscheidung wäre auf demokratischem Wege zu treffen. Gegenstand eines solchen unter Mitwirkung der Bürger zustandekommenden Erlasses können von mir aus gesehen nicht nur generell-abstrakte Normen sein; es kann sich auch einmal um ein Programm oder um eine Aufzählung handeln. Wichtig ist,



daß auf einer ersten Stufe demokratisch Beschluß gefaßt und auf einer zweiten Stufe im Einzelfall entschieden wird mit der Gewährleistung des Rechtsschutzes für den Betroffenen. Damit lassen sich auch in einer veränderten Umwelt Demokratie und Rechtsstaat verbinden. Das sind zwei Begriffe, die für mich nicht Ideen von gestern verkörpern, sondern Grundideen, die in Anpassung der Institutionen zur Lösung der Probleme von morgen den richtigen Weg weisen.

Dr. PAUL K. CARTER, Ascona:

Eine kurze Bemerkung soll hier einige Fragen aufwerfen, die m. E. in den beiden hervorragenden und wissenschaftlich profunden Referaten etwas zu kurz gekommen sind. Beim Inkurs «Demokratie und Rechtsstaat» von Herrn Prof. RHINOW wird ein offenkundiges Spannungsverhältnis der beiden Terminologien zwar erwähnt und auch theoretisch abgehandelt, doch würde der Versuch der Festlegung von Prioritäten scheitern. Denn wenn nur eine Ergänzung und eine Bereicherung der Demokratie daraus resultiert, so ist das in der Praxis nicht immer hinreichend.

Es ist doch für den Juristen ein sehr praktisches Problem, wenn ein auf dem demokratischen Volkswillen beruhendes Gesetz, gleich, ob durch Parlament oder durch Direkt-Demokratie erlassen, das fundamentale Recht eines Einzelnen, dessen Interessen wir Juristen zu vertreten und wahrzunehmen haben, tangieren sollte. In der Praxis heißt es, ob wir am Grundpfeiler der Demokratie, nämlich der Mehrheitsentscheidung, rütteln wollen und dürfen, wenn der Grundpfeiler des Rechtsstaats, nämlich das Recht des Bürgers, betroffen ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob das Gesetz gut oder schlecht ist; was wir fragen, ist, ob es, wäre es ein kantonales Gesetz, einer verfassungsmäßigen Überprüfung durch das Bundesgericht standhalten würde, wenn wir einen Widerspruch zum Bundesrecht entdecken. Da die Überprüfung eines Bundesgesetzes aber ausgeschlossen ist, und wir einen Mandanten gegen einen bundesrechtlichen Eingriff gar nicht schützen können, frage ich mich, was wir tun können, um einen solchen Schutz zu gewähren? Ich denke dabei z. B. an die aus Art. 31 BV herrührenden Rechte, wie freie Konkurrenzgarantie, freie Berufsausübung, Vertragsfreiheit, Eigentumsгарantie usw.

Da ich meine juristische Ausbildung in einem Lande des common law erhalten habe, das der Justiz – im Rahmen der «checks and balances» – das Recht der Prüfung eines jeden Gesetzes einräumt, bitte ich um Verständnis der Referenten, wenn ich diese Frage aufwerfe, scheint doch die gegenseitige Verknüpfung von Volksrecht und individuellem Recht – sprich: Demokratie und Rechtsstaat – gar nicht hinreichend festgelegt zu sein. Die angeführten Entscheidungen von Prof. AUER, nämlich 104 Ia 89 *Bürgin* und 100 Ia 392 *Komitee Indochina* auf der einen und 108 Ia 33 *Alastor* auf der anderen Seite, weisen doch darauf hin, daß die eine Komponente nicht immer die Voraussetzung der anderen sein muß, und daß vielmehr die eine die andere erheblich einschränken kann. Wenn insbesondere an einer Stelle die sogenannte «ökonomische» Demokratie als eine folgerichtige Ausdehnung (prolongation) der politischen Demokratie anvisiert wird – ich denke wie der Referent an Mitbestimmung in einem Privatunternehmen –, dann müssen rechtsstaatliche Kriterien doch umdefiniert werden. Bitte verstehen Sie recht: Es geht nicht um eine politische Frage, ob die Demokratie auch – de lege ferenda – wirtschaftliche Majoritätsentscheidungen in meinem privaten Bereich umfaßt, sondern um die rein juristische Limitierung individueller Rechte durch die Erweiterung sogenannter Volksrechte über den Rahmen der staatlichen Verwaltung hinaus.

Juristen sollten nun einmal dazu neigen, die Meinung eines richterlichen Gremiums höher und gewichtiger einzuschätzen als die des Souveräns, und hier rühre ich vielleicht an die morgen fällige Debatte über Bund und Kantone. Doch will ich an dieser Stelle keineswegs vorgreifen: Der Hinweis von Herrn Prof. RHINOW hat die Möglichkeit einer sogenannten «Betroffenen-Demokratie» sehr wissenschaftlich untermauert. Es gab sie schon einmal. Ich war juristischer Referent bei der ersten amerikanischen Militärverwaltung in Rom im Jahre 1944 und wir haben damals von New York aus das sogenannte «concetto della voce dei colpiti», das heißt die Berücksichtigung der Betroffenen, hergebracht. Dies führte in Italien zu nichts, aber es könnte in der zweiten Phase, wie mein Vorredner angeregt hat, sehr wichtig sein.

Schließlich darf ich im Zusammenhang mit den Grundproblemen der Demokratie die Frage aufwerfen, welche Rechte die Demokratie hat zur Verteidigung ihrer Institutionen und Grundsätze, gegen diejenigen, die sie attackieren und zerstören wollen. Ich habe diesen Inkurs in den beiden Referaten ver-

mißt. Wieder rede ich hier nicht von einem politischen sondern einem rein juristischen Problem: Kann die Demokratie im Kampf gegen ihre inneren Feinde, die sich an die demokratischen Spielregeln nicht halten wollen, immer demokratische Methoden anwenden? Wie weit ist Art. 4 BV z. B. zum Schutz der Demokratie limitierbar, im Interesse der Öffentlichkeit und im Interesse des Einzelnen, Betroffenen? Bitte sehen Sie in dieser Fragestellung keinen Widerspruch zu dem vorher Gesagten. Zwar handelt es sich immer um einen staatlichen Eingriff in die Rechte meines Mandanten, ein Eingriff, der mir auf den ersten Blick nicht so sehr gefällt; doch häufig sind es die Interessen eines Mandanten, der die Sicherheit, die die Gesellschaft ihm zu gewähren hat, in Anspruch nimmt – ich erinnere an die Opfer von Gewalttätigkeit und mißbräuchlicher Ausnutzung von Freiheiten, wenn die Sicherheitsorgane aus opportunistischen Erwägungen ein Auge zudrücken. Es handelt sich dabei immer aus unserer Sicht um Interessen unserer Mandanten, die gleichermaßen vertretungs- und verteidigungswürdig erscheinen.

Ich habe mir dieses kurze Votum geleistet in absoluter Kenntnis davon, daß es gar keine Alternative zu dem, was wir haben, gibt. Darf ich mit den Worten Churchills schließen: Democracy is the worst system except all the others.

Dr. FELIX MATTER, Zürich:

Staatsgrundsätze bedürfen immer wieder grundsätzlicher Überprüfung, damit ihr Anwendungsbereich den sich ändernden Bedürfnissen von Staat und Gesellschaft dienlich ist. Ihr ausgezeichnetes Referat bestätigt, Herr Professor RHINOW, daß Verfassung und Realität heute auseinanderklaffen und es ist für Sie ein Anliegen, daß es Wissenschaft und Politik gelingen möge, eine verbesserte Übereinstimmung zu erzielen. Die Spannung zwischen einzelnen Bevölkerungsschichten und Interessengruppen nehmen beängstigend zu, es herrscht ein Klima der Konfrontation. Dabei fällt auf, daß die Fronten nicht mehr vorab entlang sozialer Schichten verlaufen und sich mit der herkömmlichen Terminologie «links – rechts» nicht definieren lassen. Die Ideologie nimmt nicht mehr eine absolut prioritäre Stellung ein, der Betroffenheit der Bürger ist heute eine ebenso große Bedeutung beizumessen. Entsprechend anerkennen Sie in Ihrem Referat, daß der Betroffenheit, vorab bei

der Verwirklichung technischer Großprojekte, eine für unser Demokratieverständnis wichtige Funktion zufällt. Sie weisen nach, daß die Forderungen nach einer betroffenen Demokratie in unserem Staat nichts Neues darstellt, sondern mit dem allgemeinverbindlichen Bundesbeschluß verfassungsrechtlich verankert ist. Sie führen dann jedoch aus, daß in der aktuellen Diskussion nicht die Betroffenheit aller im Vordergrund stünde, sondern die spezifische Sonderbetroffenheit einer Minderheit. Verschiedene Autoren, zuletzt die beiden Professoren ALFRED KÖLZ und JÖRG PAUL MÜLLER mit ihrem Entwurf für eine neue Bundesverfassung, haben bezüglich der Allgemeinbetroffenheit beachtenswerte Änderungsvorschläge zur Diskussion gestellt, so z. B. die Instrumente Finanzreferendum auf Bundesebene, Verwaltungsreferendum für die Gewährung von Konzessionen für technische Großanlagen. Es dürfte unbestritten sein, daß diesen Institutionen in bezug auf die Allgemeinheit ein sehr viel größerer Stellenwert zukommt, als der Möglichkeit, das Referendum bezüglich aller Bundesgesetze zu ergreifen, denn diese wenden sich aufgrund ihrer Thematik sehr oft zum vornherein an einen ausgewählten Personenkreis. Es wäre z. B. durchaus denkbar, das fakultative Gesetzesreferendum abzuschaffen und durch die genannten Institutionen zu ersetzen. Diese Überlegungen haben Sie in Ihrem Referat verdienstlicherweise angestellt, aber ich vermisse bei der Aufzählung der Systemveränderungsvorschläge auf Seite 235 die Referendumsmöglichkeit gegen Akte für großtechnologische Anlagen.

Sie stellen auch fest, daß die besondere Betroffenheit ein staatspolitisch ernsthaft zu diskutierendes Problem darstellt, daß dieses Projekt aber erst operabel wird, wenn es gelingt, abstrakt oder im Einzelfall aufgrund eines stringenten Kriteriums einen Kreis besonders Berührter auszusondern, deren Partizipation besonders intensiv ausgestaltet werden soll. Die Staatsrechtslehre hat hier wissenschaftliche Lösungsansätze bereitgestellt: ich denke namentlich an die Arbeit über die Demokratie des Betroffenseins von Prof. PETER SALADIN in der Festschrift André Grisel. Sie, Herr RHINOW, legen mit Recht großes Gewicht auf den Minderheitsschutz, und es freut mich, daß Ihnen die Diktatur der Mehrheit ein wichtiges Anliegen ist – besonders wenn mit dem Bundesgericht (Entscheid in Sachen *Eglisau*) der Verdacht nicht von der Hand zu weisen ist, daß der Einsatz größter finanzieller Mittel von privater Seite für die Demokratie eine nicht zu unterschätzende Gefahr bedeuten kann.

Ich möchte noch auf das Votum von Herrn Dr. GUT eingehen. Er hat die Institution der Totalrevision grundsätzlich in Frage gestellt. 1974 stand die Totalrevision unter dem Leitbild «Ein Recht – eine Armee». Es standen damals die staatliche Integration und die wirtschaftliche und persönliche Wohlfahrt des einzelnen im Vordergrund. Heute befinden wir uns in einer Situation, in der wir in dieser Hinsicht sehr viel erreicht haben und gar nicht mehr viel Neues erreichen können. Aber für diese enorme persönliche Wohlfahrt, die dem größten Teil des Schweizervolkes zukommt, haben wir auch einen Preis zu zahlen. Wir haben ethisch und moralisch viel verloren und die Demontage von Natur, Heimat und Umwelt geht heute in einem erschreckenden Maß vorwärts. 1964 hat Prof. MAX IMBODEN dieses Problem markant in seinem *Helvetischen Malaise* zusammengefaßt; seither sind zwanzig Jahre vergangen und weder ist eine Totalrevision ernsthaft in Sicht, noch ist das «helvetische Malaise» besser geworden. Was nützt uns eine Totalrevision der Bundesverfassung: Sie kann einen Marschhalt bedeuten; wir können uns längerfristig überlegen, welche neuen Ziele und Werte unser Staat eingehen muß. Wir haben die Ziele von 1874 erreicht; haben wir heute, 1984 – 110 Jahre danach – nicht wieder einmal das Recht, über die grundsätzlichen Ziele, über das, was wir eigentlich wollen, nachzudenken und die institutionellen Lösungen, wie sie von Herrn BUSER wegen der Überlastung unserer Regierung in Frage gestellt worden sind, wieder einmal grundsätzlich zu überdenken, damit wir unser Schiffchen Schweiz rechtzeitig in der Hand halten?

Lic. iur. LUDWIG A. MINELLI, Forch:

Herr Professor RHINOW hat in seinem Referat mit Recht darauf hingewiesen, daß mit der Betroffenenproblematik die Irreversibilität gewisser staatlicher Aktivitäten verbunden sei. Er hat dazu ausgeführt, es werde offenbar nicht gleich empfunden, ob Rechtsakte zu anpassungsfähigen oder irreversiblen Zuständen führen. Herr Prof. HALLER hat dazu gesagt, man müsse in diesen Fällen für den ausreichenden Rechtsschutz besorgt sein; man müßte sich hier vielleicht überlegen, den Rechtsschutz auszubauen.

Da möchte ich nun darauf hinweisen, daß es sehr wichtig ist, dass sich die Richter sowohl der politischen als auch der psychologischen Komponente ihrer Tätigkeit bewußt sind. Derartige



Gerichtsverfahren sollen nicht nur Entscheidungen hervorbringen. Sie müssen auch dafür besorgt sein, daß nach einer Periode des Streites der Rechtsfriede wieder Einzug halten kann. Voraussetzung dafür ist aber, daß das Urteil von allen Beteiligten akzeptiert werden kann.

Damit dies möglich wird, ist der Frage der *Fairneß des Verfahrens* größte Aufmerksamkeit zu schenken. Ich meine damit nicht nur, daß beide Seiten zu Gehör kommen müssen – das ist eine Selbstverständlichkeit. Ich meine viel eher gewisse atmosphärische Randbedingungen. Wo es nach Meinung einer Seite um eigentliche Existenzfragen geht, darf nie der Eindruck entstehen, das Gericht gehe gewissermaßen leichtfertig über diese Problematik hinweg. Es darf auch nicht der Eindruck entstehen, weil zumeist auf der einen Seite eine staatliche Behörde im Streite mit Betroffenen liegt, der Richter sei zugunsten der staatlichen Interessen a priori voreingenommen.

Eng damit verbunden ist die apodiktische Forderung nach höchster juristischer Anstrengung bei der Beantwortung von Rechtsfragen. Urteile in solchen Verfahren ertragen keine juristischen Halbheiten. Jeder unfertige Gedanke in einem solchen Urteil wird zum Baustein künftigen Unfriedens, bewirkt somit das Gegenteil dessen, was ein Urteil zu bewirken hat. Motive der Staatsräson rechtfertigen keine derartigen Patzer.

Ich verhehle es nicht: Ich spreche hier aus einem konkreten Anlaß. Die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtes im Zusammenhang mit der Enteignung für den Waffenplatz Rothenthurm ist sowohl in bezug auf die atmosphärischen Bedingungen der Verfahren als auch im Hinblick auf die juristische Qualität der Entscheidungen höchst anfechtbar. Wenn derartige Entscheidungen innerhalb weniger Tage oder Wochen fallen – wo andere Prozesse Monate oder gar Jahre in Anspruch nehmen –, sieht der Bürger, insbesondere der Betroffene, einen unauflöslchen Widerspruch: Wann immer die Dauer von Verfahren gerügt wird, berufen sich die Gerichte darauf, daß Entscheidungen sorgfältig überlegt werden müssen. Fällt eine Entscheidung gewissermaßen zu schnell, trägt sie a priori den Makel des Verdachts ungenügender Überlegung.

Zeigt sich dann gar noch, daß das Bundesgericht mit einer leichtfertigen Begründung ein gewichtiges juristisches Argument vom Tisch wischt, und dabei gegen klare gesetzliche Wortlaute (des Enteignungsgesetzes, des Geschäftsverkehrsgesetzes) verstößt, dann fühlt sich der Bürger ausgeliefert und er

identifiziert das Bundesgericht mit dem Staat als Behörde. Und hier glaube ich nun, daß wir daran denken müssen, daß Gerichte in solchen Fällen aufpassen müssen, daß sie nicht geistigen Sprengstoff liefern für Leute, die sich dann in einer Situation befinden, die sie als auswegslos empfinden – man nimmt sie nicht ernst. Das kann zu terroristischen Akten führen, und an diese Verantwortung müssen die Gerichte denken.

M. PHILIBERT MURET, docteur en droit, Morges:

M. le Prof. AUER signale une tendance à l'extension de la démocratie directe dans deux domaines: l'expression par le peuple de l'avis demandé aux cantons dans les procédures fédérales de consultation (rapport, p. 28) et le referendum en matière administrative (rapport, p. 43). Ces deux prolongements de la démocratie directe traditionnelle procèdent d'un même courant politique, à base de contestation et de mise en question de l'autorité. M. AUER paraît y voir un progrès; j'y discerne plutôt un périlleux excès.

Je ne m'arrête pas à l'institution des procédures de consultation, qui ont le grave défaut (défaut logique autant que politique) de donner aux citoyens l'illusion d'un pouvoir de décision et ne font qu'exaspérer les passions lorsque l'autorité réellement compétente tranche contre l'avis populaire. L'institution du referendum administratif, c'est-à-dire contre une décision du gouvernement, m'inquiète ici davantage. Non point par un quelconque antidémocratisme sommaire, dont je regretterais, comme coauteur de l'art. 89<sup>bis</sup> CF voici trente-cinq ans, d'être suspect; mais pour deux raisons juridiques et logiques, abstraction faite de considérations politiques (affaiblissement, voire paralysie de l'autorité).

Les décisions administratives, par lesquelles l'exécutif applique les lois comme il en a le devoir, sont généralement faites de détails et de nuances, et fondées sur des circonstances particulières; elles se prêtent mal *par nature* au contrôle populaire, qui ne peut être que sommaire. D'autre part, le referendum administratif aurait pour effet de *court-circuiter* le pouvoir législatif et de fausser le jeu normal de la séparation des pouvoirs. C'est au parlement qu'il incombe de contrôler le gouvernement, de lui demander des comptes et des explications, de l'inviter au besoin à revenir sur telle décision d'espèce ou modifier tel arrêté. La sanction du peuple mécontent de ses

gouvernants ne peut être que politique, c'est-à-dire électorale.

Certes, l'extension de l'activité administrative est préoccupante et il est légitime de songer aux moyens de l'enrayer ou au moins de la contrôler. Mais il faut chercher ces moyens *en amont*, en retenant l'exécutif, plutôt qu'en aval en le bloquant après coup. Le remède proposé par le rapporteur me fait penser à un automobiliste qui, surpris par la neige, poserait ses chaînes sur les roues arrières... de sa traction avant: de beaux dérapages et embouteillages en perspective!

Prof. MARTIN LENDI, Küsnacht (schriftlich eingereichtes Votum):

Die Demokratietheorie entwickelt sich lebhaft und nach vielen Seiten, auch wenn die Grundfragen in ihrem Ansatz letztlich nur in *Nuancen* divergieren. Ob die Demokratie der Mehrheits-herrschaft oder dem Streben nach Identität verschrieben ist, wird dort zur Unschärfe, wo das verantwortliche Regieren als Element der Strukturierung und des Verständnisses der Demokratie einbezogen wird. Die neuerdings vermehrt diskutierten optimistischen und pessimistischen Ansätze sind weitgehend anthropologischen oder theologischen Ursprungs. Sie tragen Wesentliches zur Ausmalung des Demokratiebildes und zur Wirklichkeit der gelebten Demokratie bei, ohne aber grundsätzlich Neues anzusprechen.

Eine Klammer, die noch intensiver aufgebrochen werden muß, bildet die *Zukunftsdimension* – nicht als Prognoseelement des Schicksals der Demokratie, sondern als Frage, ob und wie weit die Demokratie in der Lage ist, Zukunftsprobleme zu erkennen und zu verarbeiten. Die traditionellen Demokratietheorien brechen in der Regel dort ihre Überlegungen ab, wo die Entscheidungsprozesse über die notwendigen Regelungen der anstehenden, erfahrbaren Probleme gewichtet und institutionalisiert sind. Gewisse Ausweitungen sind erkennbar, vor allem dort, wo nach dem Einbezug der Betroffenen und ihrer Partizipation gefragt wird, doch nicht ausholend genug! Warum? Was immer von Prognosen und Szenarien gehalten wird, an der Tatsache, daß die heute und morgen zu treffenden Entscheidungen in steigendem Maße langfristige Wirkungen in die Zukunft hinein erzielen und damit zu unwiederholbaren oder nur schwer widerrufbaren Entscheidungen werden, kann nicht vorbeigesehen werden. Die Beispiele von Beschlüssen über

Flugplätze und Anlagen der Großtechnologie mögen dies belegen. Dabei kann offen bleiben, ob es an der Enge des Lebensraumes und der technisch ungenügenden Begrenzung der Belastbarkeit der Umwelt liegt oder ob es die Sachfragen als solche sind, welche die Engpässe bedingen. Sichtbar werden müßte die Verantwortung der Demokratie in Fragen des ganz oder nur schwer widerrufbaren Zugriffs auf die Zukunft mit *Entscheidungseinengungen auf die kommenden Generationen*.

Die tradierte Art des Umganges mit der Zukunftsdimension war nicht ganz so schlecht, wie dies heute gerne behauptet wird. Bekanntlich setzte die Demokratie der Gesetzgebung auf die *generell-abstrakte Norm*. Eine sorgfältige Analyse der Natur- und Heimatschutz- sowie Gewässerschutzgesetzgebung, ja sogar der Atomgesetzgebung, könnte zum Ergebnis führen, daß unter diesen Gesetzen neu aufkommende Problemdimensionen relativ gut aufgefangen werden konnten. Auf alle Fälle hat sich die Demokratie in diesen heiklen Fragen nicht zu Lasten der kommenden Generationen blockiert. Nicht genug betont werden kann die *Offenheit der Verfassung und der einfachen Gesetzgebung*, wie sie durch die jederzeitige Revidierbarkeit der demokratisch gesetzten Erlasse gewährleistet ist. Und auch das (kantonale) *Finanzreferendum*, das in der Regel ein Objektreferendum ist, hat nicht unwesentlich – im Zusammenspiel mit der generell-abstrakten Norm und der jederzeitigen Revidierbarkeit von Verfassung und Gesetz – zu einer elastischen Behandlung der Zukunftsfragen beigetragen. Nur ist das Gewicht der Zukunftsdimension in den vergangenen Jahrzehnten immer größer, ausgreifender und belastender geworden, mit Wirkungen über Generationen hinaus, sei es – normalerweise positiv gewichtet – im Rahmen von öffentlichrechtlichen Schutzmaßnahmen, sei es – in der Regel kritisch gewürdigt – im Zusammenhang mit öffentlichen und privaten Bauten und Anlagen. Damit verbinden sich Fragen an die Demokratie, weil sie dieser Zeit-Verantwortung nicht ausweichen kann und weil sie Gefahr läuft, vollendeter Tatsachen wegen sich selbst überflüssig zu machen. Die klassischen Mittel reichen nicht aus. Sie sind nicht in der Lage, die nochmals zu unterstreichende Gefahr abzuwenden, wonach zahlreiche *Entscheidungen den Entscheidungsprozeß in die Zukunft hinein – der ausgreifenden Zukunftsdimension wegen – beenden oder mindestens erheblich verengen* könnten oder sogar werden.

Der seit einiger Zeit beschrittene Weg, die Zukunftsdimension durch die *Demokratisierung der Planung* einzufangen, hat



viele Diskussionen um die Betroffenenendemokratie ausgelöst. Sehr oft findet sich in den «Planungsfibeln» keine materielle Problemlösung, sondern der ausweichende Verweis auf die Plandemokratie zugunsten der «Betroffenen»: *Problemlösung durch Verfahren*. Dabei wird allerdings die Frage, wer betroffen ist, nicht gestellt. Würde die Zukunftsdimension wirklich ernst genommen, so müßten die «zukünftig Betroffenen» einbezogen werden, kurzum die kommenden Generationen, da die Auswirkungen eines Entscheides, auch wenn der Kreis der aktuell Betroffenen noch so sorgfältig ausgewählt würde, in belastender – oder befreiender – Art erst die *noch* «Nicht-Stimmberechtigten» treffen – mindestens dort, wo Entscheidungen mit Wirkungen über eine Generation hinaus gefällt werden. Die Demokratie der zukünftig Betroffenen gibt es nicht. Hier liegt eine Schwachstelle der Betroffenenendemokratie. Die zweite liegt in der Planung. Diese finalisiert sich – erfahrungsgemäß – selbst, d. h. sie tut sich schwer daran, sich auf die Lösung aktuell anstehender Konflikte zu beschränken und die Entscheidungsfreiheit der kommenden Generationen zu respektieren. Sie tritt als «Besserwisserin» auf, welche in Plandokumenten die optimale Zukunft entwirft und festschreibt, so in vielen Spielformen der kantonalen Richtpläne (wider die Intention des Gesetzgebers!), die der *finalen Planung* huldigen. Dies ist die zweite Schwachstelle der Plandemokratie. Die Aufsummierung beider Fragezeichen wird zu einem großen Fragezeichen hinter die Betroffenenendemokratie. Selbst die neu vorgeschlagene Berücksichtigung der Zumutbarkeit einer Entscheidung muß sich die Frage gefallen lassen, ob es um die Zumutbarkeit gegenüber den in einer aktuellen politischen Situation stehenden Mitbürgern oder ob es der Sache nach nicht eigentlich um die Frage der *Zumutbarkeit für die kommenden Generationen* gehe. Auch das wiederholt angerufene Kriterium der Wichtigkeit als Bestimmungselement der Erlaßform und damit der Unterstellung unter Instrumente der Demokratie vermag nicht ganz zu überzeugen – nicht weil es die Zukunftsdimension nicht einschließen könnte, sondern weil es den *kurzen Schluß auf die Gegenwartsentscheidung* zieht.

Spätestens hier stellt sich die Frage, wie die Demokratie mit der Zukunftsdimension umgehen soll. Die Demokratie wird – zu Recht – angeklagt, sie funktioniere nur von Tag zu Tag, von Abstimmung zu Abstimmung und versage gegenüber dem Generationenproblem (so ROBERT NEF, St. Galler Tagblatt, 14. Juli 1984 in einer sehr beachtenswerten Besprechung des Verfassungsentwurfes KÖLZ/MÜLLER), im Sinne der Verant-



wortung für die Zukunft der Nachfolgenden. Grundsätzlich stehen zwei Wege offen. Ähnlich der Art vieler Planer könnte man sich auf den Standpunkt stellen, es sei eben durch restriktive und positive Maßnahmen dafür zu sorgen, daß die kommenden Generationen eine relativ lebenswürdige, soziale, wirtschaftliche und ökologische Umwelt vorfinden. Die Klippe des vorwegnehmenden Besserwissens wurde bereits angedeutet. Der andere Weg besteht darin, sich im Rahmen der Demokratietheorien ernsthaft mit der Frage auseinanderzusetzen, ob und wie weit die kommenden Generationen ein *«Pflichtteilsrecht» auf einen relativ freien Entscheidungsraum* in ihrer Zeit unter Wahrung ihrer Pflichtteilslast zugunsten der folgenden Generationen haben. Der zweite Weg ist der ehrlichere und sachgerechtere, weil er nicht vorgibt, die künftige Welt in ihren Problemen zu erkennen. Die Lehre von der Demokratie ist also herausgefordert, sich zu überlegen, wie die Staats- und Lebensform der Demokratie – unterstützt durch verfassungsrechtliche *«Leitplanken»* und die selbstgewählte politische Kultur – gewährleisten kann, daß sie sich nicht übernimmt und das *öffentliche Erbrecht* der Freiheit demokratischer Entscheidungen künftiger Generationen respektiert. Diese Frage ist eingeschlossen in das noch umfassender und gleichzeitig zurückhaltender anzugehende Staatsprinzip der Verantwortung, das PETER SALADIN aufzeigt. Dieses könnte, wie JÖRG PAUL MÜLLER gegenüber PETER SALADIN gefragt hat (vgl. PETER SALADIN, Verantwortung als Staatsprinzip, Bern/Stuttgart 1984, S. 218), zu einer großen ethischen Belastung und Überforderung führen, wohl vor allem dann, wenn es nach materiellen, positiven Vorgaben ruft. Es bleibt bescheidener und damit demokratiefähiger, wenn es die Erkenntnis aufnimmt, daß jede Generation den folgenden Freiräume belassen und diese nicht in einem eng verstandenen Sinn beglücken oder belasten soll: *Das Gemeinwohl als unbelastete Erbfreiheit der Generationen, das Staatsprinzip der Verantwortung als Pflicht zur Respektierung der Zukunftsdimension, die politische Kultur als freigewählte Selbstbeschränkung zugunsten einer sich nicht selbst einkreisenden, sondern offen bleibenden Demokratie.*

M. OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, docteur en droit, Berne  
(intervention remise par écrit):

En abordant, dans une perspective internationaliste, la lecture des deux excellents rapports, j'avoue que je m'attendais à voir

au moins mentionné, au nombre des «problèmes fondamentaux de la démocratie suisse», le défi que représente aujourd'hui, pour tout Etat démocratique, le progressif isolement de cette forme de gouvernement sur la scène internationale (il est à peine besoin de rappeler qu'il n'existe guère aujourd'hui, dans le monde, qu'une trentaine de démocraties sur quelque 160 Etats). Or je n'ai pas trouvé la moindre allusion à ce problème. Si, bien que non-spécialiste de la matière, je prends la liberté de le relever ici, c'est qu'il me semble exister un contraste saisissant, aujourd'hui, entre le caractère extrêmement sophistiqué qu'a atteint le débat «national» sur la démocratie (les deux rapports discutés aujourd'hui en fournissent une nouvelle preuve éclatante) et le caractère pour le moins sommaire du débat – qui a aussi son importance dans l'optique nationale – consacré aux rapports entre la démocratie et son environnement international.

De cette remarque générale, dont je concède volontiers le caractère non juridique (mais les rapporteurs – ils ont raison – ne se limitent pas à cette dimension du débat!), j'en viens à une remarque juridique qui en forme le prolongement, à propos du problème particulier de la législation. Cette remarque a aussi trait à un aspect particulier de ce «déclin de la loi» que le Professeur AUER évoquait tout à l'heure.

Certains s'inquiètent du défi que représenterait, pour notre démocratie, le développement toujours plus important de la législation internationale par rapport à la législation interne. Certes, nous savons que malgré l'approbation parlementaire de certains traités, et malgré la nouvelle procédure de referendum conventionnel introduite en 1977, la démocratie y laisse quelques plumes, car il n'est pas possible, compte tenu des particularités de la procédure d'élaboration et de ratification des traités internationaux, de transposer intégralement, au profit des traités, les filières démocratiques que nous connaissons pour l'élaboration de la législation interne. Pour l'internationaliste que je suis, habitué à considérer cette question à travers la lunette de sa spécialité, la tentation est forte de déduire du silence des rapports sur ce point la conclusion, somme toute rassurante, que ce glissement vers l'international ne constitue nullement, pour la démocratie suisse, un «problème fondamental». Je serais le premier à me réjouir de cette conclusion. Mais je serais plus heureux encore d'en avoir la confirmation...

C'est la raison pour laquelle je me permets de conclure mon intervention sous forme d'une question, formulée sommairement j'en conviens: l'idéologie démocratique est-elle réconci-

liable avec l'idéologie internationaliste? Et sans vouloir préjuger – ni même d'ailleurs solliciter – une éventuelle réponse de la part des rapporteurs à cette question, je résiste difficilement à la tentation de rappeler que le grand TOCQUEVILLE – dont l'un des rapporteurs fait le juste éloge – n'avait pas, sur cette question, des vues particulièrement optimistes. Ne disait-il pas, dans *De la démocratie en Amérique*: «La politique extérieure n'exige l'usage de presque aucune des qualités qui sont propres à la démocratie, et commande au contraire le développement de presque toutes celles qui lui manquent»?

Dr. WALTER HILDEBRANDT, Bülach (schriftlich eingereichtes Votum):

Von dem Gesprächsthema möchte ich vier Teilprobleme berühren.

Erstens: Was bedeutet die Förderung der Wohlfahrt gemäß Art. 2 der Bundesverfassung? Es handelt sich dabei um eine wesentliche Zweckbestimmung, welche schlechterdings als Selbstverständlichkeit hingenommen wird. Tatsächlich versteht sich die Wohlfahrt hier bisher als Bekenntnis zum Liberalismus auf allen Wirkungsgebieten des Bundesstaates. Die Wohlfahrt soll stattfinden nicht nur in der Gegenwart, sondern auch in der Zukunft sollen und wollen die Eidgenossen das erstreben, was sie als Wohlfahrt empfinden. Seien alle Tore geöffnet für die Bildung, für die Wirtschaft, für die persönliche Existenz! Von diesem freiheitlichen Begriffe der Wohlfahrt hat denn auch die Eidgenossenschaft, gemeint ist der Eidgenosse selber und der Bund der Eidgenossen seit 1848, also seit bald 150 Jahren, reichlich Gebrauch gemacht. Wir wissen alle um den überwältigenden Erfolg dieses Strebens auf allen Lebensgebieten. Auf der liberalen Grundlage wurde auch das Rechtsgebäude der schweizerischen Demokratie aufgebaut. – Indessen melden sich heutzutage bereits neue Ansichten und Strömungen, welche sich in Schwachstellen der Demokratie einnisten, insbesondere das Mehrheitsprinzip und die Volksabstimmungen übergehen, wie etwa die Konkordanzdemokratie und das Abhorchen der Akzeptanz einer Regelung. Da wird die Ausschöpfung aller Freiheiten als schädlich empfunden, und es kommen Initiativen zwecks Bremsung der bisherigen Möglichkeiten zustande. Die Möglichkeit liberaler Gesetzgebung will

also zunehmend beschränkt werden zugunsten bewahrender Haltung durch konservative Politik. Die Wohlfahrt steht im Begriffe, sich mit minderen, bescheideren Zielen und Gaben begnügen zu müssen, oder mit anderen Worten: Der Begriff der Wohlfahrt scheint einen engeren Sinn zu bekommen.

Zweitens: Gibt es einen Rechtsstaat? Es gibt wohl eine Demokratie, einen Bundesstaat oder einen Sozialstaat, aber einen Rechtsstaat als besonderes Staatsgebilde gibt es nicht. Die Bezeichnung «Rechtsstaat» will nur dartun, daß man einen rechtlich geordneten Staat hat und daß man sich auf die Ordnung dieses Staates beruft. Im Staate wird die Willkür abgelehnt; was nicht Recht ist, ist Unrecht und soll im Staate auch weder Platz noch Wirkung haben. Die Anrufung, daß man in einem Rechtsstaate lebe, dient also nur zur Verteidigung des im Staate geltenden Rechtes. Alle anderen Überlegungen und Konstruktionen verursachen nur Wirrnisse, so zum Beispiel, wenn versucht wird, die Demokratie anstatt ihrem Rechtsbestande einer Rechtsidee unterzuordnen oder die Demokratie von der Befolgung nichtrechtlicher Sätze abhängig zu machen.

Drittens: Einige Worte über das Verhältnis von Demokratie und Naturrecht! Die Rechtssetzungsgebiete unserer Demokratie sind bekannt. Gleichzeitig achtet das Christentum auf die Schöpfungsordnung Gottes, das Naturrecht. Demgemäß erfordert die Gerechtigkeit etwa, daß jedem das Seine zuzuerkennen sei, «*sum cuique tribuere*». Damit erfüllt den Menschen ein von Gott bestimmtes Gefühl für die Gerechtigkeit. Dieses Rechtsgefühl hat den Gesetzgeber zu leiten. Jedenfalls gibt es keine maßgebende Strömung auf unserem Rechtsgebiete, welche der Willkür oder dem Individualismus das Wort redete. So folgt denn aus der Schöpfungsordnung das Naturrecht als Richtbild. Zwar kann das Naturrecht keine Geltung als positives Recht beanspruchen, aber es läßt sich doch als Anregung zum Bestimmen des positiven Rechtes auswerten oder kann zum Beurteilen von Rechtssätzen taugen. Ist das Naturrecht somit eine Kundgebung des Willens Gottes, so gehört es in den Fachbereich der Gottesgelehrtheit, der Theologie, und der Jurist bedarf bei seinem Umgang mit dem Rechte des Naturrechtsbefundes der Theologie.

Viertens: Laut einem Befunde gründet sich die schweizerische Demokratie auf den Persönlichkeitsbegriffen der Humanität und der Menschenwürde. Wenn schon die Bundesverfassung keine Menschenwürdeklausel kennt, ist darnach doch der Eigenwert der Person stets vorausgesetzt worden. Die Behaup-



tung, daß keine unmittelbare Anerkennung der Persönlichkeit bestehe, bedarf indessen einer näheren Betrachtung. Am Eingange der Bundesverfassung steht nämlich in der uralten christlichen Formulierung die Präambel «Im Namen Gottes des Allmächtigen!». Die Eidgenossen treten also mit ihrer Verfassung als Geschöpfe Gottes vor ihren Schöpfer. Sie handeln in seinem Sinne und Auftrage, also nicht im eigenen Namen; sie erachten sich als Gottes Werkzeuge und unterstellen sich dem Machtschutze Gottes. Diese Erklärung gewährleistet unserer Demokratie die Menschenwürde, die Humanität als Grundbestand, wie etwa Staatsvolk und Staatsgebiet Grundbestände sind. Eine Bestätigung dieser Auffassung findet sich in der althergebrachten Feier des «Eidgenössischen Dank-, Buß- und Bettages» und im christlichen Kreuzeszeichen als Staatswappen. Aus diesen Tatsachen erhellt, daß die schweizerische Demokratie ihren Bürgern und Menschen die Menschenwürde im christlich-sittlichen Sinne zuerkennt, nicht etwa eine bloß erdachte Menschenwürde. Man dürfte also erwarten, daß der Staat im Zusammenhang mit der Theologie die Menschenwürde ergründen, bestimmen und nachachten würde. Leider liegen aber die Beziehungen zwischen Jurisprudenz und Theologie darnieder. Eine Fühlungnahme zwischen beiden drängt sich auf. Begegnen wir hier nicht auch einem Grundprobleme der schweizerischen Demokratie?

Dr. PAUL ZWEIFEL, Bern (schriftlich eingereichtes Votum):

Zu den helvetischen Dauerbrennern gehört die Stimmabstinz. Über deren Ursachen ist in den letzten 15 Jahren viel georakelt und noch mehr geredet und geschrieben worden. Jedenfalls weiß man heute so ziemlich Bescheid, auch wenn die Rangfolge der Ursachen umstritten bleiben wird. Selbst an geeigneten Therapievorschlügen fehlt es nicht. Zahlreich sind die Maßnahmen, die bereits verwirklicht worden sind, vor allem auf kommunaler Ebene. Gleichwohl wird die Therapie eine Daueraufgabe bleiben.

Ceci dit, dürfte keinem Leser entgangen sein, daß die Lektüre der beiden heutigen Referate beruhigt und zugleich erfrischt. Diese stellen nämlich übereinstimmend und überzeugend fest, daß die schweigende Mehrheit die befürchtete Apokalypse nicht auszulösen vermöchte und sie auch in absehbarer Zukunft nicht auszulösen vermag. Daß das herbeigeredete Unheil nicht



stattgefunden hat und auch morgen nicht über unser Land hereinbrechen wird. Daß die Stimmabstinenz nicht einfach als Übel, als Krise der Loyalität oder der Legitimität gedeutet werden darf. Ja, daß eine maximale Stimmbeteiligung ebenso viele neue Probleme schaffen wie bestehende lösen könnte.

Was darf man daraus schließen? Unter anderem sicher eines: daß man endlich davon absehen sollte, dem Bürger in jeder Festrede und bei jeder sonstigen unpassenden Gelegenheit den Spiegel seiner Stimmfaulheit vor die Nase zu halten. Es gibt bestimmt Themen, die ihn weniger ermüden. Mit der Zeit empfindet er es ohnehin als lästig, wenn immer und immer wieder versucht wird, ihm ein schlechtes staatsbürgerliches Gewissen einzureden. Ein Plattenwechsel ist hier überfällig!

Gestatten Sie mir noch ein Wort zur *Betroffenendemokratie*. Die Stimmen mehren sich, die ein verstärktes Mitspracherecht des Bürgers beim Entscheid über konkrete Sachverhalte fordern. Dabei schwebt ihnen vielfach die sogenannte Demokratie des Betroffenseins vor, der die Vorstellung zugrunde liegt, daß ohne die Zustimmung der von der Maßnahme Betroffenen nichts entschieden werden dürfe. Zwar ist der Wunsch nach verstärkter Mitsprache verständlich. Doch genügt es nicht, das Verhältnis des Staates zum Bürger zu überdenken und dem Wandel der Zeit anzupassen, solange nicht auch der Bürger bereit ist, seine Einstellung zum Staat zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern. Ihn für sein Wohlverhalten und sein Verständnis noch besonders zu belohnen, ist unseren Demokratievorstellungen aber fremd. Wichtig ist, daß ein Projekt von nationaler Bedeutung für die betroffene Bevölkerung und Gegend so erträglich wie möglich gestaltet wird. Bei solchen Projekten sind Kollisionen mit lokalen und regionalen Interessen oft unvermeidlich. Würde dieser Vorrang eingeräumt, so könnten viele wichtige nationale Vorhaben überhaupt nicht mehr verwirklicht werden. Staatspolitisch und staatsrechtlich erweckt es daher Bedenken, das Problem über die Demokratie des Betroffenseins lösen zu wollen. Wie das Referat RHINOW nachweist, bieten sich weniger gefährliche Formen verstärkter Mitwirkung an. Es lohnt sich, zunächst diese auszuschöpfen.

Prof. Dr. RENÉ A. RHINOW (Schlußvotum:

Aus zeitlichen Gründen beschränke ich mich auf drei kurze Bemerkungen zu den vielen Anregungen, die hier dargelegt wurden:

Eine erste Bemerkung betrifft die Kritik an der Vorstellung der Volksrechte als Instrumente der Opposition. Ich glaube nicht, daß man Opposition und Abwehr gleichstellen darf. Ich könnte militärisch argumentieren und sagen, der Begriff der Abwehr stamme aus der Truppenführung und enthalte Elemente des Angriffs und der Verteidigung. Genau so ist es auch bei den Volksrechten: Sie sind auf Bewahrung, aber eben auch auf Veränderung ausgerichtet und damit auch ein Mittel der indirekten Kooperation, aber eben nicht im verklärten Sinne des Einverständnisses, sondern der beidseitigen Einflußnahme.

Eine zweite Bemerkung betrifft die Regierbarkeit. Die Zahlen, die Herr Bundeskanzler **BUSER** genannt hat, waren sehr eindrücklich; und ich anerkenne diese Problematik voll und ganz. Mein Bedenken wäre einfach dies: Die Volksrechte zeigen bloß auf, daß viele Probleme in der Gesellschaft vorhanden sind; die Volksrechte schaffen aber diese Probleme nicht. Es erhebt sich dabei die Frage: Sollen wir mit der Verkürzung der Volksrechte den Anschein erwecken, als gäbe es diese Probleme gar nicht? Dagegen würde ich mich wenden. Hier sehe ich unser Grundproblem.

Zum Schluß: Es sind berühmte Namen genannt worden, von **MOSCA** bis **WALTHER BURCKHARDT**. Ich möchte auch einen Namen ins Spiel bringen, einen Altmeister der Demokratie: **ALEXIS DE TOCQUEVILLE**, der die Juristen nicht besonders freundlich qualifiziert hatte (vielleicht auch nur die amerikanischen, aber immerhin); er hat ihnen einen sehr konservativen Geist zugeschrieben und hat sogar gesagt, daß sich dieser juristische Geist letztlich gegen die Demokratie wenden würde. Mein Anliegen wäre: Helfen Sie mit, daß der alte berühmte Satz, den man immer so unfreundlich den Juristen entgegenhält, hier bei der Demokratie nicht stimmt: daß sie zur Lösung staatspolitischer Probleme nichts beizutragen hätten außer ihren Bedenken.

M. le Professeur **ANDREAS AUER** (intervention finale):

Je n'ai rien d'important à ajouter à tout ce qui a été dit ce matin. J'aimerais simplement exprimer mon contentement et remercier tous ceux qui ont émis une voix critique à l'égard de ce qui a été écrit dans les deux rapports. Personnellement, je ne vois pas les dangers pour la démocratie du même côté que certaines interventions l'ont laissé entendre aujourd'hui. Je vois plutôt les

dangers dans une espèce d'uniformisation. J'y vois aussi la marque d'idéologie démocratique dont j'ai essayé de parler, cette concordance qui nous empêche très souvent de dire que nous ne sommes pas d'accord avec telle ou telle opinion et qui essaye d'étouffer les désaccords dans une espèce d'unanimité qui ne correspond pas à la réalité. Si la démocratie veut et doit être vécue, il faut que l'on discute, que l'on exprime les différentes opinions, d'où ma satisfaction au sujet de la discussion de ce matin.

\*

\*       \*

Der Verhandlungsleiter dankt den Diskussionsteilnehmern und den Berichterstatern und schließt die Sitzung vom Samstag um 12.00 Uhr.



Sitzung vom Sonntag, dem 23. September 1984  
im Hôtel du Golf Crans-Montana

Präsident:  
Dr. P. MENGIARDI, Basel

Der Präsident eröffnet um 09.30 die Sitzung.  
Zur Behandlung gelangen die verbleibenden Verwaltungsgeschäfte gemäß Traktandenliste.

V.

Fortsetzung der Beratung der Verwaltungsgeschäfte

*5. Bericht der Stiftung «Rechtsquellenfonds des Schweizerischen Juristenvereins»*

Der Präsident verliest folgenden von Prof. HANS HEROLD verfaßten Bericht der *Stiftung Rechtsquellenfonds*:

Abermals hat die Arbeit mehr der Weiterführung und Vollen-  
dung von Bänden als der Inangriffnahme neuer gegolten. Hiezu  
sieht sich die Stiftung schon deswegen veranlaßt, weil der  
Schweizerische Nationalfonds seine Leistungen nicht erhöht,  
sondern erneut auf rund Fr. 300 000.– jährlich zu halten vor-  
sieht. Daneben dürfen von ihm laufend Verbilligungsbeiträge  
an die Druckkosten erwartet werden.

Innerhalb der Aufgaben des Präsidenten des Stiftungsrates  
nehmen indes die Bettel- und Dankesbriefe gegenüber denjeni-  
gen wissenschaftlichen Inhalts einen immer größeren Platz ein.  
Wie unten zu zeigen sein wird, darf indessen für einige neue  
Bände mit erheblichen Beiträgen aus lokalen Quellen gerechnet  
werden.



Kurz vor dem Juristentag *erschien* der Band *Langwies*, bearbeitet von Frau Dr. ELISABETH MEYER-MARTHALER. Das von der Sache her sehr aufwendige *Register zu den Bänden Engadin und Münstertal* wird dank der aufopferungsvollen Weiterarbeit von Herrn und Frau Dr. SCHORTA sowie dank eines ansehnlichen Zustupfs aus dem kantonalen Lotteriefonds Graubündens 1985 zu erwarten sein.

*Bern:* Der Band *Oberhasli* ist im Satz. Der Druck kann unter anderem dadurch gefördert werden, daß die Amtersparniskasse Oberhasli 1985 im Hinblick auf ein Jubiläum einen erheblichen Beitrag gegen Sonderexemplare des Bandes zugesichert hat. Da zudem die Justizdirektion des Kantons Bern einen Beitrag von Fr. 60 000.– zugesprochen hat, sind die Druckkosten dieses Bandes gedeckt. Das Honorar ist von der F. E. Welti-Stiftung getragen worden.

Herr Dr. PAUL BLOESCH hat seine Regestensammlung für *Biel* und den *Erguel* abgeschlossen.

*Luzern:* Herr Dr. MARTIN SALZMANN hat den Band *Vogtei und Amt Weggis* fertiggestellt. Er umfaßt vor allem Dorfordnungen, Allmendordnungen, Aufhebung der Mitgliedschaft im eidgenössischen Bund und Einverleibung ins Herrschaftsgebiet der Stadt Luzern. Er wurde von den Begutachtern des Stiftungsrates geprüft und angenommen und wird demnächst gesetzt werden.

*Glarus:* Dank dem unermüdlichen Einsatz Dr. STUCKIS liegt nun auch der 2. Band der Glarner Rechtsquellen gedruckt vor. Alles deutet darauf hin, daß im Jubiläumsjahr 1987 der Kanton über das ganze Werk verfügen können wird.

*Solothurn:* Herr Rechtsanwalt Dr. CHARLES STUDER hat im Laufe vieler Jahre aus eigenem Antrieb und Freude an der Geschichte das Manuskript für einen 2. Band erstellt, das bereits von einem Mitglied des Stiftungsrats als druckreif befunden worden ist. Um spätere kostspielige Rückweisungen und Autorkorrekturen möglichst einzudämmen, ist teilweise noch eine Abschrift vonnöten, die aus Stiftungsmitteln gefördert werden soll.

*Basel:* Frau Dr. SCHWARZ hat das sog. Kleine Weiße Buch aus dem Staatsarchiv abgeschlossen. Der Stiftungsrat wird darüber zu befinden haben.

*Schaffhausen:* Die Bearbeiter konnten endlich die Fertigstellung des Manuskripts mit Register auf Jahresende 1984 in Aussicht stellen.

*St. Gallen:* Frau Dr. BLESS hat das Manuskript für den

Rechtsquellenband fertiggestellt. Dank ansehnlicher Beiträge der Stadt Wil, des Kantons St. Gallen, der F. E. Welti-Stiftung und weiterer Subvenienten sind die Druckkosten dieses Bandes vollständig abgedeckt.

Weitere Bearbeiter sind in den Kantonen *Appenzell Innerrhoden*, *St. Gallen (Rapperswil)* und *Waadt* am Werk und können aus vorhandenen Mitteln besoldet werden. Für Puschlav und Vorderrheintal fehlen zwar nicht die willigen Bearbeiter, leider wohl aber die Finanzen.

Die *Regestensammlung* aus dem *Generallandesarchiv Karlsruhe* ist für die Bestände Konstanz/Reichenau ausgeschöpft. Der 3. Band ist soeben im Druck erschienen, der vierte wird 1985 folgen. Nach wie vor wird dieses Werk nicht nur aus öffentlicher Hand, sondern auch durch den Verleger HANS ROHR im Druck getragen.

Der Regierungsrat des Kantons *Thurgau*, aus dessen Gebiet der Großteil der Quellen stammt, hat nunmehr die gesamten Kosten in der Höhe von Fr. 25 106.90 für Satz, Buchdruck und Einband des Regestenbandes I/3 übernommen.

Einbezogen werden die Privaturkunden aus dem Schloßarchiv Altenklingen, wovon das Kantonsarchiv Thurgau vollständige Ablichtungen bestellt hat.

Das Manuskript des Bandes Säckingen ist abgeschlossen und teilweise gesetzt. Es erscheint ebenfalls – samt Register – im nächsten Jahr.

\*

\*       \*

Dieser Bericht zeugt von einer großen Arbeit unserer Rechtshistoriker, die zielstrebig weitergeführt wird. Wir sind Herrn Dr. HEROLD, seinen Kollegen des Stiftungsrates und deren Mitarbeitern für die große Leistung im Dienste der Rechtsgeschichte dankbar. Wir danken aber auch dem Nationalfonds sowie den öffentlichen und privaten Stiftungen, welche diese Quellenforschung großzügig unterstützen.

#### *6. Bestimmung des Ortes der ordentlichen Generalversammlung 1985*

Der Basler Juristenverein würde sich freuen, uns nächstes Jahr in Basel willkommen zu heißen. Der Präsident, Herr Prof. STAE-

HELIN, ist leider an der Teilnahme unseres heutigen Kongresses verhindert und hat mich gebeten, die Einladung zu überbringen. Der Termin des Juristentages mußte bereits festgelegt werden und wurde aus verschiedenen Gründen auf einen Zeitpunkt vor dem Betttag verschoben.

Wir danken unseren Basler Kollegen für ihr Anerbieten, den Kongreß in Basel durchzuführen.

Die Versammlung stimmt dem Vorschlag, den Schweizerischen Juristentag 1985 am 6., 7., 8. September 1985 in Basel abzuhalten, zu.

### *7. Allfälliges*

Unter Allfälliges wollte ich Ihnen heute morgen das Resultat der gestrigen Konsultationsabstimmung bekannt geben. Leider wurden mir aber die Zahlen bis jetzt noch nicht überbracht. Sicher ist, daß sie negativ ausgefallen ist. Es haben ungefähr die Hälfte der Teilnehmer gestimmt und davon ist eine Mehrheit dafür, am bisherigen System festzuhalten. Der Vorstand wird dies zur Kenntnis nehmen.

## **VI.**

Einführende Berichte der Referenten zum Thema:

Bund und Kantone

Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat

M. le Professeur LOUIS DALLÈVES, Sion, présentateur, coordinateur de la discussion:

Mesdames et Messieurs, le fédéralisme est toujours à l'ordre du jour. Pas plus tard qu'il y a quatre jours, la question de la rentrée scolaire a soulevé au Conseil des Etats un immense débat sur le fédéralisme: fallait-il contraindre les cantons récalcitrants à avancer leur rentrée scolaire en automne ou était-ce contraire à une idée de fédéralisme? Les rapports d'aujourd'hui vont précisément nous permettre de dépasser les questions particulières et de planer, si je puis dire, au-dessus de ces contingences pour nous reposer les problèmes fondamentaux et généraux liés au fédéralisme. La discussion d'hier a été menée d'une manière

certes très démocratique, mais le principe majoritaire a prévalu. J'espère, aujourd'hui, pouvoir mener une discussion plus fédéraliste et donner alternativement la parole à des orateurs de langue allemande et de langue française. Je commencerai par donner la parole au Professeur SALADIN.

(...)

Prof. PETER SALADIN, Bern, Berichterstatter deutscher Sprache:

Ich habe mein schriftliches Referat mit einem Ausdruck des Zweifels begonnen: des Zweifels an den Möglichkeiten eines Juristen, und gar noch eines «Theoretikers», zum Thema «Bund und Kantone» Weiterführendes zu sagen. Das Thema ist zwar nicht ganz so alt wie die Eidgenossenschaft, wohl aber so alt wie die moderne Schweiz; seit der 1. helvetischen Verfassung (1798) wird unablässig darüber debattiert. Ist nicht alles schon gesagt? Und fällt, was allenfalls zu sagen bleibt, nicht in die Domäne der Politiker? Was kann Wissenschaft Zukunftsträchtiges und Zukunftsmächtiges beitragen? Und wenn schon die Wissenschaft: Sind es nicht eher die Ökonomen, vielleicht auch die Politologen, welche noch Pfeile in ihrem Köcher tragen? Mit solchen Fragen hat sich ja auch Herr RHINOW gestern beschäftigt.

Die Zweifel sind mir, als ich das Referat verfaßte, nie ganz abhanden gekommen. Immerhin: verzweifelt bin ich nicht. Mir scheint, auch der Jurist, und zwar auch der Theoretiker, könne heute zu unserm Thema noch wesentliche Erkenntnisse gewinnen. Fünf solche Erkenntnisse möchte ich Ihnen, gerafft und vereinfacht, im folgenden vortragen:

1. Wer sich heute grundsätzlich mit dem Verhältnis von Bund und Kantonen beschäftigt, denkt wohl zwangsläufig, und auch einzig sinnvoll, in die Zukunft: Wie kann das gegenwärtige Verhältnis verbessert werden? Dies setzt aber, ebenso zwangsläufig, eine genaue Analyse der Gegenwart voraus. Und hier, dies meine erste, für mich selbst überraschende Entdeckung, bleibt vieles zu tun. Gerade die *juristischen Grund-Sätze* unseres föderativen Zusammenlebens wirken irgendwie entrückt, verschleiert, vieles erscheint unreflektiert oder nur halb-durchdacht, und dies 136 Jahre nach ihrer Anerkennung! Dies gilt für den Grundsatz subsidiärer General-Zuständigkeit der Kantone (Art. 3 BV) ebenso wie für das Prinzip derogatorischer

Kraft des Bundesrechts oder für den Grundsatz kantonaler Organisationshoheit: Gerade die Organisationshoheit wurde und wird in der Lehre und z. T. in der gesetzgeberischen Praxis vernachlässigt, während die ersten beiden Grundsätze fast ins Reich der Mythen entschwunden sind – wir haben die Aufgabe, sie dort herauszuholen, sie zu entmythologisieren, sie schärfer zu fassen und so ihren «sinnvollen Sinn» auch in einer künftigen Föderativordnung zu bestimmen.

In einer Zeit, da die Totalrevision der Bundesverfassung Thema ist und bleiben muß – ich bin meinen Kollegen ALFRED KÖLZ und JÖRG PAUL MÜLLER herzlich dankbar dafür, daß sie das Thema neu lanciert und zugleich einen neuen Weg zu sinnvoller Bewältigung gewiesen haben –, müssen die gegenwärtigen Strukturprinzipien unseres Staatswesens im Licht stehen, sichtbar und durchsichtig für alle interessierten Bürger. Hiezu will mein Referat einen Beitrag leisten – erledigt ist die Aufgabe freilich damit nicht.

2. Die geltende Föderativ-Ordnung läßt sich indessen mit juristischen Methoden keineswegs zureichend erfassen. Juristen haben gelegentlich diese Illusion. Aber Föderalismus ist politisches Prinzip und damit notwendig auch ökonomisches: Die Verteilung der Einnahmen und der Ausgaben zwischen verschiedenen Gebietskörperschaften wird ebenso sehr durch ökonomische Grund-Sätze gesteuert wie durch juristische, und auch etwa zur Verteilung der Staatsaufgaben vermag die heutige politische Ökonomie mit ihrem Instrumentarium hochentwickelter Rationalität analytisch und synthetisch Wesentliches beizutragen. Zureichende Analyse föderativer Gegenwart und fruchtbare Besinnung auf föderative Zukunft setzen eine enge, *systematische Zusammenarbeit von Rechtswissenschaft mit Volkswirtschaftslehre, aber auch mit politischen Wissenschaften und mit anderen Sozialwissenschaften* (Sozialpsychologie, Soziologie, Betriebswirtschaftslehre, Linguistik) voraus. Daran fehlt es zur Zeit fast vollständig; ganz wenige Ausnahmen – v. a. das Institut für Föderalismusforschung, früher in Riehen bei Basel, neuerdings (unter Zurücklassung einer Forschungsstelle für Regionalforschung) in Freiburg – bestätigen die Regel und sind selbst über Ansatzhaftes kaum hinausgekommen.

Eine zuverlässige Analyse des gegenwärtigen Verhältnisses von Bund und Kantonen bedingt besonders auch systematische Rechtstatsachenforschung. Hier besteht ein großer Nachholbedarf. Erst ganz vereinzelt wurde etwa das Zusammenwirken



von eidgenössischen und kantonalen Verwaltungsinstanzen in der Erfüllung bestimmter Staatsaufgaben untersucht, so etwa in den Bereichen des Gewässerschutzes (WERNER BUSSMANN) und des Grundstückerwerbs durch Ausländer (Genfer Gruppe um CHARLES-ALBERT MORAND und JEAN-DANIEL DELLEY); wichtige Erkenntnisse hat überdies das Nationale Forschungsprogramm 5 über «Regionalprobleme» zutage gebracht. Aber vieles bleibt unklar, vieles ist zu tun, nicht zuletzt für die Sozialpsychologie: Offensichtlich denken und fühlen viele Vaudois anders als viele Basler oder Glarner, von den Wallisern nicht zu sprechen, aber worin besteht eigentlich dieses «anders», worin gründet es, wie ist es verständlich zu machen? Der Sprachgraben, den wir nicht genug ernst nehmen können, strukturiert wie nichts anderes unsere politische Gemeinschaft, er ist aber, wenn ich recht sehe, als Faktum nur unzureichend erforscht. Und ganz allgemein: Es gibt wenig Irrationaleres als die in Politik und Wissenschaft geläufige Unterscheidung zwischen Rationalität und Irrationalität.

3. Für Entwürfe, ja für «Würfe» bleibt heute in institutioneller Hinsicht kein großer Raum, und im Unterschied zum Welt-Raum dehnt sich dieser Raum nicht aus. Theoretisch sind zwar mannigfache Varianten zu unserer gegenwärtigen Föderativ-Ordnung denkbar; aber so sinnvoll es auch ist, zunächst die theoretische Phantasie spielen zu lassen, so tapfer hat sie sich doch alsbald in die Begrenzungen unserer politischen Realität zu fügen: einer Realität, die durch unsere Geschichte ebenso bestimmt ist wie durch die Aufgaben, die dem modernen «westlichen» Rechtsstaat heute und morgen unabweisbar zufallen, und auch durch die sozio-ökonomischen, politischen und kulturellen Strukturen unseres kleinen Landes. Der Verfassungs-Entwurf 1977 hat ein neues Grund-Prinzip der Aufgabenverteilung vorgeschlagen, in der Überzeugung, damit die «föderative Substanz» nicht zu schwächen, sondern eher zu stärken; allein das Vernehmlassungsverfahren hat gezeigt, daß in diesem Punkt ein Abweichen vom gegenwärtigen Grund-Prinzip politisch keine Chance hat – *wenn* man die Äußerungen der Regierungen, der Parteien und der Verbände als «verdichtete Stimme der Schweizer» verstehen darf! Das heißt aber nicht, daß wir heute in der besten aller föderativen Welten leben. Gerade die Analyse unserer geltenden Prinzipien und Strukturen bringt manche Mängel an den Tag, Verbesserungen sind möglich und nötig. Aber es werden wohl kleine Verbesse-

rungen sein müssen, unspektakuläre, Denkmäler wird sich niemand daraus bauen können. – Das schließt eine Totalrevision unserer Bundesverfassung wiederum nicht aus; aber die neue Verfassung wird sich nicht spektakulär von der alten abheben können; trotzdem wird sie sinnvoll sein. Ähnliches gilt vom Unternehmen «Neuverteilung der Aufgaben»: Auch hier, so meine ich, ist ein großer Wurf nicht möglich, die «Rettung des Bundesstaats» kann sie nicht leisten, auch wenn sie immer wieder in viel zu hohen Tönen gepriesen wird; gleichwohl ist sie sinnvoll, weil sie in manchen Einzelheiten Verbesserung bringt, größere Einfachheit und Übersichtlichkeit und überdies interessante Nebenwirkungen zeitigt. – Das schriftliche Referat bringt Vorschläge *de constitutione vel lege ferenda*, eben unspektakuläre, in der Meinung, dies sei im Auftrag unseres Vorstandes eingeschlossen, und eben in der Überzeugung, daß eine intensive Beschäftigung mit der Zukunft unseres Bundesstaats so wichtig ist wie die Erhellung seiner Geschichte und seiner Gegenwart.

4. Die schweizerische Föderativ-Ordnung ist unique au monde: nicht besser als andere, aber einmalig, gerade weil sie bestimmt ist durch – lange und einzigartige – Geschichte und durch – reiche und einmalige – Strukturen. Das schließt *Rechtsvergleichung* nicht aus. Die Begrenztheit des verfügbaren Raumes hat mir freilich geboten, fast vollständig darauf zu verzichten; ich bedaure dies. Der systematische Vergleich mit andern Föderativordnungen, besonders mit derjenigen der Republik Österreich und mit derjenigen der Bundesrepublik Deutschland, würde die Eigenheiten unserer eigenen Bundesstaatlichkeit viel schärfer hervortreten lassen, etwa die viel ausgeprägtere Finanz- und Organisationshoheit unserer Kantone, oder auch ihre reicheren Mitwirkungsrechte. Der Vergleich mit andern Bundesstaaten würde unsere Sinne für das helvetische Proprium schärfen, und damit für den «föderativen Kern», den es auch in einer neuen Bundesverfassung sorgsam zu wahren gilt.

5. Je mehr ich mich in die schweizerische Föderalismus-Literatur vertiefte, je aufmerksamer ich die politischen Gespräche verfolgte, desto mehr meinte ich Unsicherheit festzustellen in der Frage, wozu Föderalismus, wozu schweizerische Bundesstaatlichkeit eigentlich diene. Diese Frage ist nun freilich zentral. Auf die *Ziele*, auf den *Sinn der Bundesstaatlichkeit* muß

sich ihre Gestaltung ausrichten; alles Nachdenken über die künftige Formung unseres Bundesstaats ist sinnlos, richtungslos, wenn wir uns nicht hierüber Klarheit verschaffen. – Gewiß sind Antworten leicht zur Hand, gängige Antworten, in der Literatur ebenso wie in 1. August-Reden: Unser Föderalismus verstärkt – durch vertikale Gewaltenteilung – die Rechtsstaatlichkeit und schafft weiten Raum für demokratische Mitwirkung. Aber diese Antwort reicht nicht, in dreifacher Hinsicht nicht: Einmal besteht zwischen Bundesstaatlichkeit einerseits, Rechtsstaatlichkeit und Demokratie andererseits keineswegs eine Beziehung einfacher Kausalität; vielmehr ist diese Beziehung vielfältig, spannungsreich, un-eindeutig; der «kleine Kreis» (KARL SCHMID) begünstigt und erschwert zugleich eine Durchsetzung rechtsstaatlicher Verhaltens- und Organisationsprinzipien, begünstigt und erschwert autonom-verantwortliche demokratische Entscheidung. – Sodann ruht unser Staatswesen auf zwei zusätzlichen Säulen: auf der Säule der Sozialstaatlichkeit und auf der – merkwürdig oft übersehenen – Säule effizienter Erfüllung der angedeuteten unausweichlichen Aufgaben eines modernen Industriestaates (als Stichworte mögen die Staatsaufgaben Umweltschutz und Energiepolitik genügen). Unsere Föderativordnung muß so gestaltet sein, daß sie auch diesen Prinzipien zu-dient und sie zugleich mit-gestaltet. Klischeehafte Hinweise, etwa auf vermehrte Bürgernähe und größere Experimentierbereitschaft kantonaler und kommunaler Verwaltung und auf daraus folgende bessere Aufgabenerfüllung in Kantonen und Gemeinden sind wohl punktuell, aber kaum generell empirisch zu belegen. – Der dritte und m. E. entscheidende Mangel jener Argumentation aber ist der folgende: Sieht man den Sinn der Bundesstaatlichkeit einzig in der Verstärkung anderer Staatsprinzipien, dann wird sie generalisierbar und austauschbar, auf beliebige moderne Industriestaaten anwendbar, damit letztlich un-politisch, weil nicht auf die spezifische politische Ordnung eines bestimmten Staates bezogen. Sie wird damit aber zugleich prekär; es ist dann sehr ernsthaft zu fragen, ob nicht eine andere Staatsform den Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und der Demokratie, der Sozialstaatlichkeit und der effizienten Aufgabenerfüllung schon heute, gewiß aber morgen, dienlicher wäre.

Die Bundesstaatlichkeit der Schweiz ist spezifisch und vor allem andern auf Sicherung ihrer *Einheit in der Vielfalt* gerichtet. Sie hatte die historische Funktion, den einzelnen – durch Herkunft, Sprache, Religion, Landschaft unterschiedenen –

Völkerschaften das Bewußtsein politischer und kultureller Identität innerhalb schweizerischer Gesamt-Identität zu bewahren und so zu bewirken, daß die Schweiz als «politische Nation» überlebt. Diese Funktion muß unser Föderalismus behalten. An solcher Zielsetzung muß sich letztlich alles orientieren, was wir zur Erhaltung der Staatlichkeit unserer Kantone, und auch was wir etwa zum wirtschaftlichen Ausgleich zwischen Kantonen und Regionen ins Werk setzen. «Staatlichkeit» der Kantone ist nicht Selbstzweck, interregionaler Ausgleich auch nicht. Gerade dies aber wird, so scheint mir, zunehmend übersehen. Oft wird kantonale Autonomie beschworen und verteidigt, wo ein Gewinn für «föderative Substanz» mit bestem föderativem Willen nicht zu sehen ist – etwa wenn im Namen kantonaler Autonomie gegen eine landesweite Herabsetzung der Tempolimiten angekämpft wird! Ein «Verbalföderalismus» macht sich breit, so etwas wie «föderative Schizophrenie», wenn etwa (nicht erst heute!) kantonale Regierungen mit aller Hartnäckigkeit finanzielle Unterstützung von demselben Bund verlangen, den sie bei anderer Gelegenheit als «ces Messieurs de Berne» apostrophieren.

Soll die «Einheit in der Vielfalt» bewahrt werden, soll schweizerischer Föderalismus lebenskräftig bleiben, so braucht es eine Bekräftigung und Verstärkung des *Willens zum Föderalismus*: von seiten des Bundes, auch und besonders aber von seiten der Kantone und der Gemeinden. (Die Gemeinden – dies in Klammern beigelegt – kommen in meinem Referat zu kurz; ich bedaure dies sehr, sie waren ebenfalls ein Opfer der Raumbeschränkung. Sie sollten indessen, als Mit-Träger des Föderalismus, systematisch in Überlegungen zum gegenwärtigen Stand und zur Zukunft unserer Bundesstaatlichkeit einbezogen werden, besonders auch die großen Städte.) *Der Bund* hat, in Rechtssetzung und Rechtsanwendung, den Kantonen hinreichende *Räume zu lassen* für politische Entscheidung und für die Gestaltung ihrer Organisation. Er hat den zentripetalen Kräften des modernen Industriestaats entgegenzuwirken, wo immer seine Aufgaben Zentralisierung nicht dringend erfordern. Er hat gerade im Namen des Föderalismus großtechnologischen Verführungen zu widerstehen, etwa im Bereich der Energiepolitik, wenn immer sich sinnvolle Alternativen zeigen. Er hat den Kantonen aber auch aufgaben-adäquate Mitwirkung an seinen Entscheidungen zuzugestehen. Die *Kantone* müssen ihrerseits den Willen zur *Staatlichkeit* erneuern. Sie tun es prägnant mit dem *Überdenken ihrer Verfassung* und hierbei besonders mit der



Besinnung auf die wichtigsten Aufgaben, welche sie heute und morgen erfüllen wollen. Und zu den Aufgaben, die die Spezifität kantonaler Staatlichkeit ausmachen, gehören besonders die *kulturellen*, in einem weiten Sinne verstanden: die Aufgaben im Bereich von Religion, Bildung, Wissenschaft, aber auch und besonders die Aufgabe, die tradierten kulturellen Güter zu bewahren – etwa schöne Landschaften und Naturgüter, schöne Ortsbilder und Denkmäler –, wie auch die Aufgabe der Förderung kultureller Erneuerung. Hier werden die Akzente, wie mir scheint, manchmal nicht richtig gesetzt. Gewiß sind die ökonomischen Aufgaben der Kantone nicht zweitrangig, heute weniger denn je, aber sie sind austauschbar, wie etwa die Regionalpolitik zeigt; hier drängt sich auch Zentralisierung immer mehr auf. Die «Staatsaufgabe Kulturförderung» schließt aber auch die Pflege und Förderung politischer Kultur ein, des Gemeinschaftsbewußtseins und der Wege, auf denen es sich entfaltet, der Bürger-Verantwortung und der Instrumente zu ihrer Aktivierung. Kulturelles Engagement der Kantone kämpft letztlich für Festigung und Bereicherung sozialer Identität und Geborgenheit, für «Heimat». Es bekämpft, durch Setzen von Gegen-Akzenten, die Tendenzen zur kulturellen Einebnung, etwa von seiten der modernen Massen-Medien. Föderalismus der Kultur ist beste Gewähr für eine kräftige Kultur des Föderalismus.

M. le Professeur BLAISE KNAPP, rapporteur de langue française:

Lorsque le comité de la Société Suisse des Juristes m'a demandé de traiter du fédéralisme, j'ai bien sûr accepté. Mais je me suis aussitôt inquiété quand il m'est apparu que le sujet était énorme, qu'il avait fait l'objet de nombreuses études relativement complètes, qu'il s'agissait enfin, surtout et plutôt d'un sujet de nature politique.

Je vais tenter de vous résumer ici le résultat de mes réflexions.

Je dois au préalable des excuses pour tout ce qui n'a pas été traité dans mon rapport. Ces excuses s'adressent notamment à l'administration fédérale qui consacre beaucoup de ses forces à un phénomène nommé, de façon assez barbare en français, le désenchevêtrement des tâches entre la Confédération et les cantons. Comme les solutions retenues ne sont pas encore de droit positif, j'ai estimé pouvoir laisser ce secteur de mon sujet tranquillement dans les mains des parlementaires et du peuple suisse!



Le point de départ de mon rapport est la réaffirmation – au moins historiquement indiscutable – que, à l'origine, il y a les cantons. En effet, dans une certaine doctrine, on a tendance à assimiler la position des cantons et celle des communes. On parle alors d'autonomie cantonale; ce faisant, on réduit, à mon avis, singulièrement la portée de l'institution même des cantons. Par conséquent, la première affirmation est que: à l'origine, il y a le canton. Ceci devrait signifier qu'en principe les cantons devraient avoir un pouvoir très large et très général. Il fallait donc savoir tout d'abord si ce principe était exact et s'il était confirmé par les réalités juridiques. C'est à cette fin qu'avec l'aide de mes collaborateurs qui se sont chargés de ce travail pénible et ingrat et que je tiens à remercier ici publiquement de l'avoir fait, nous avons parcouru la législation fédérale afin de déterminer quelle était la réalité des choses.

Nous avons ainsi fait la constatation que les pouvoirs des cantons sont limités par des règles de droit et par des faits.

Les limites juridiques en premier lieu.

Les cantons ont un large pouvoir mais ils ne peuvent agir que dans le cadre défini par le droit fédéral. Cela signifie, chacun le sait, que si la Confédération a une compétence et qu'elle l'exerce, les cantons ne peuvent plus aller à l'encontre des règles qui ont ainsi été posées. Cette affirmation est vraie mais elle est incomplète. En effet, premièrement, pour saisir la portée de la réglementation fédérale, il convient de savoir comment celle-ci sera appliquée et interprétée: les règles paraissant ménager relativement largement les législations et les compétences cantonales peuvent être l'objet d'une pratique fédérale ou d'une jurisprudence qui entrent dans les plus menus détails et qui, partant, réduisent considérablement le champ réel de l'indépendance cantonale.

En deuxième lieu, les compétences cantonales, même hors des thèmes faisant l'objet de la réglementation fédérale, sont limitées par les libertés et les droits constitutionnels ainsi que par les règles qui ont été tirées de ces libertés et de ces droits.

En troisième lieu, il faut tenir compte aussi des limitations à l'indépendance des cantons qui peuvent résulter de règles fédérales dites imprécises ou de règles fédérales dites discrétionnaires. En effet, selon que l'on interprète largement ou étroitement un concept indéterminé, le champ laissé aux cantons sera plus ou moins grand.

En quatrième lieu, les compétences des cantons sont parfois limitées par un phénomène assez intéressant et mal étudié

jusqu'ici. Il s'agit des réglementations accessoires adoptées par la Confédération dans un domaine où sa compétence est discutable mais voisin d'un domaine où elle est certainement et clairement compétente. Une telle réglementation accessoire est légitimée peut-être par la nécessité d'assurer la bonne application du droit fédéral mais elle interfère avec l'indépendance des cantons. L'exemple classique est celui de la loi sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger.

Enfin, à mon avis, en cinquième lieu, on devrait – et je sais là que je touche un domaine assez délicat – admettre l'existence de compétences fédérales «par nature». Accepter de telles compétences soulèvent des objections considérables: d'une part, cela est contradictoire avec la défense des cantons; d'autre part, il faut aussi définir, en tout état de cause, la limite que l'on doit mettre à l'acceptation de telles compétences. Ces objections sont de poids. Néanmoins, la réalité de certains phénomènes concrets exige que la question soit posée et fasse l'objet d'un examen un peu plus approfondi. Ainsi, les rapports et conflits intercantonaux ne peuvent être réglés que par des règles fédérales: n'y a-t-il pas là une compétence fédérale par nature? En outre, certaines questions très techniques engageant la Suisse sur le plan international et pour lesquelles la Suisse peut signer des traités internationaux, ne pourraient-elles vraiment pas être l'objet aussi d'une loi suisse? Par exemple, y a-t-il un sens à affirmer qu'en l'absence de toute compétence législative expresse, la navigation spatiale en Suisse devrait être réglée par vingt-six lois cantonales d'une part et par des traités internationaux d'autre part?

Telles sont, en définitive, les limites que les règles juridiques fédérales posent à l'indépendance des cantons.

Mais à côté de ces limites juridiques, il existe un certain nombre de limitations de fait. Les premières tiennent à un phénomène bien connu: le conformisme. Chacun sait que lorsque dans un canton une loi doit être préparée, celui qui est chargé de la rédaction va voir «ce qui se fait ailleurs». Peut-être agit-il ainsi parce qu'il pense trouver ailleurs des solutions «prêtes-à-porter» mais aussi peut-être le fait-il parce que défendre un texte testé ailleurs – sans d'ailleurs que l'on ait procédé à une enquête sur la pratique et sur le «degré de satisfaction des usagers» – est présumé plus facile. On établit donc des tableaux comparatifs entre les solutions cantonales (y compris d'ailleurs les solutions de la République Fédérale d'Allemagne!).

Les deuxièmes limitations reflètent le mimétisme et la collégialité. En effet, souvent, les membres des exécutifs cantonaux se réunissent – il existe des conférences de tous les directeurs des départements cantonaux et de presque tous les fonctionnaires cantonaux –. Si toutes ces personnes échangent des expériences et des points de vue, notamment lorsque l'une d'elles a trouvé une bonne solution, il est évident qu'elle en fera bénéficier ses collègues ou du moins certains d'entre eux.

Les troisièmes limitations relèvent de ce que l'on pourrait nommer le «mimétisme judiciaire». On constate ainsi, dans les cantons, une tendance à appliquer systématiquement au droit cantonal des solutions retenues en droit fédéral par le Tribunal Fédéral. Il n'est pas absolument certain que cette «copie conforme» soit toujours entièrement justifiée. La question mériterait d'être examinée de plus près.

La quatrième cause de la limitation de fait des pouvoirs cantonaux est le phénomène financier et notamment le problème des subventions. En effet, il se produit que, quand un canton accomplit une tâche qui lui est propre, il puisse bénéficier d'une subvention fédérale. Pour obtenir celle-ci, le canton devra respecter les charges et conditions que la Confédération attache au versement de sa subvention. Ainsi, le projet cantonal devra être conforme aux volontés fédérales. On voit, en effet, mal un exécutif cantonal expliquer à son Grand Conseil que, pour sauvegarder l'indépendance cantonale, il a dû renoncer à l'aide fédérale!

En définitive, on doit se demander ce qui reste aux cantons.

Il y a principalement l'autonomie d'organisation mais avec beaucoup de limitations aussi. Jusqu'à voici deux jours, on aurait pu dire les questions scolaires; mais l'unification de la date de la rentrée scolaire n'est peut-être que le premier pas vers une certaine unification des programmes (par exemple, on devrait aussi se demander si l'exigence d'une maturité fédérale pour certaines études universitaires n'a pas déjà unifié certaines parties essentielles des programmes scolaires). Il reste la politique culturelle et – bien que l'on m'ait reproché d'y avoir mis un peu trop l'accent – la fiscalité et l'utilisation de la force publique. Il n'y a pas de gendarmerie fédérale et, par conséquent, s'il faut agir manu militari, les cantons sont encore seuls en état de dire s'ils le feront ou ne le feront pas.

La deuxième constatation principale de mon rapport est que le canton aujourd'hui – c'est une des caractéristiques du fédéra-

lisme actuel – est essentiellement et avant tout un exécutant de la législation fédérale.

Nous n'examinerons pas ici la question de savoir dans quelle mesure les cantons ont reçu la tâche d'exécuter la législation fédérale pour faire faire des économies à la Confédération; si cela a été fait pour empêcher que, par exemple, un agent vaudois exécute une loi fédérale à Genève; ou encore si l'on a voulu laisser aux cantons une certaine autonomie dans la manière d'exécuteur des lois fédérales.

Ce dernier facteur a certainement joué un rôle. Encore faut-il savoir quelle est la marge de cette autonomie. A mon sens, l'autonomie des cantons dans l'exécution des lois fédérales dépend de trois facteurs principaux.

Le premier facteur est le degré de précision des textes à appliquer: lois, ordonnances et circulaires. Plus les textes sont précis, moins l'autorité cantonale a de pouvoir. Un exemple de textes exagérément précis: la Confédération a jugé nécessaire que les actes d'origine (qui sont des documents cantonaux) comportent dorénavant trois signatures. En Valais, jusqu'ici, quatre personnes signaient. Etait-il vraiment essentiel pour la bonne application du droit fédéral que l'on doive décider – en heurtant certains – quelle signature sera dorénavant supprimée?

Le deuxième facteur est la précision et l'ampleur des règles fédérales concernant l'organisation, par les cantons, des procédures permettant la mise en œuvre de la législation fédérale (organisation des autorités cantonales, exigences de procédures simplifiées ou particulières, réglementation des voies de recours cantonales). Il est évident que plus l'on entre dans le détail dans la législation fédérale, moins les cantons auront le pouvoir de s'organiser.

Le troisième facteur est plus théorique que pratique. Lorsque la Confédération charge les cantons d'exécuter des lois fédérales, elle se réserve un pouvoir de contrôle. Ce pouvoir pourrait aller très loin si on se bornait à lire les textes (inspection sur place, rapports semestriels ou annuels etc.). En réalité, grâce aussi aux associations professionnelles, des contacts personnels se nouent; par conséquent, le contrôle fédéral prend une allure plus bonhomme et moins inquisitoire, de sorte qu'il faut vraiment faire de «grosses bêtises» pour que la Confédération intervienne autrement que par une simple remarque.

Traitant du fédéralisme, on ne saurait oublier un point essentiel: les finances publiques qui commandent largement les relations entre les cantons et les relations entre ceux-ci et la



Confédération. A cet égard, je voudrais simplement faire trois brefs rappels:

- la péréquation qui pose aujourd'hui des problèmes même aux cantons riches dans la mesure où ceux-ci peuvent – légitimement – se demander pourquoi des institutions qui servent une population plus large que celle du canton devrait n'être subventionnées qu'au taux applicable au canton dans lequel elles sont situées (par exemple à Genève, l'Hôpital cantonal).
- Les contributions des cantons à des tâches essentiellement fédérales puisque les cantons doivent contribuer à l'AVS et à l'AI selon leur capacité financière.
- L'octroi de subventions liées qui limitent les pouvoirs des cantons (par exemple l'aide aux universités).

Ceci nous amène à tenter de conclure. Ma conclusion sera en forme d'affirmations soumises à l'attention de votre assemblée:

- Le fédéralisme implique une tension entre l'efficacité qui résulte d'une certaine centralisation et l'exigence du maintien du génie propre à chaque région; cette tension est insoluble; elle ne peut se résoudre que de cas en cas.
- La fédéralisme implique aussi une tension à l'intérieur des cantons: ceux-ci aimeraient assumer plus de tâches mais ils ne voudraient pas que cela leur coûte plus cher.

On peut dès lors se demander à quoi sert aujourd'hui le fédéralisme et quel est son sens véritable. Il est pour moi, essentiellement un droit à la différence; il doit être maintenu pour permettre la survie des individualités et surtout des minorités. Mais cette survie ne doit, à mon sens, ni aboutir à un refus de prendre les dispositions – même centralisées – nécessaires, ni créer des disparités insupportables dans le développement économique et social du pays. Ce sera l'affaire des cantons et du peuple de trouver les équilibres à réaliser et de faire les choix nécessaires. Il ne faut pas unifier pour le plaisir d'unifier ou parce que cela est plus commode pour des motifs purement technocratiques. Il ne faut pas non plus que les cantons se disent, lorsqu'ils n'arrivent pas à résoudre un problème: «envoyons tout cela à Berne»! Ils doivent prendre leurs responsabilités.

Enfin, et c'est là la conclusion à la fois pessimiste et optimiste que j'aimerais tirer des travaux auxquels je me suis livré: il est certain qu'en réalité, le fédéralisme a beaucoup perdu de son importance sur le plan juridique mais il reste tout de même un principe essentiel dans un certain nombre de domaines juri-



diques et sociaux et il reste surtout capital sur le plan psychologique, sentimental, culturel et politique. L'essentiel n'est-il pas que, dans ce pays, les minorités – et ce ne sont pas seulement les cantons romands – ne se sentent ni écrasées, ni exclues des endroits et des cercles où se décide leur avenir? Ces facteurs psychologiques et ces équilibres ne sont-ils pas, après tout, les éléments les plus importants de la vie en société?

## VII.

### Discussion

M. le Professeur LOUIS DALLÈVES:

Nous allons maintenant reprendre la discussion. Cela dans un esprit fédéraliste, c'est-à-dire que j'ai le plaisir de passer aujourd'hui la parole à des orateurs de langue française aussi bien que de langue allemande. Nous serons ainsi plus corrects que le journal *La Suisse* qui, dans son édition de ce matin et dans le compte rendu qu'elle a fait de notre assemblée, n'a parlé que des deux rapporteurs romands et a tout simplement oublié les Professeurs RHINOW et SALADIN. Nous en sommes d'autant plus désolés que le comité d'organisation et le comité de la société ont préparé pour la presse toute la documentation nécessaire et que cet oubli apparaît donc inexcusable.

Pour commencer la discussion, je passe la parole au Professeur GEORG MÜLLER.

Prof. Dr. GEORG MÜLLER, Untererlinsbach:

In beiden Referaten wird uns eindrucklich vor Augen geführt, wie stark die Kompetenzen oder Aufgaben von Bund und Kantonen ineinander verflochten und miteinander verzahnt sind. Es gibt praktisch keine Gebiete mehr, wo die Kantone wirklich allein zuständig sind, und auch der Bund kann nur in ganz wenigen Bereichen auf die Mitwirkung der Kantone vollständig verzichten. Die Referate zeigen aber nicht nur, daß die «Verbundwirtschaft» zwischen Bund und Kantonen weit fortgeschritten ist, sondern auch, daß sie notwendig ist, um den hohen Anforderungen an den modernen Leistungsstaat gerecht

zu werden, ohne das föderalistische Strukturprinzip aufzugeben. Die Staatsaufgaben nehmen zu und werden vor allem immer komplizierter. Der Bürger erwartet eine einwandfreie Erfüllung dieser Aufgaben und ist immer weniger bereit, wesentliche Unterschiede bei der Erbringung öffentlicher Leistungen durch die Kantone zu akzeptieren. Dies alles zwingt dazu, die Probleme im Verbund, im Zusammenwirken von Bund und Kantonen zu bewältigen. Ich habe mich überzeugen lassen, daß es offenbar nicht möglich ist, durch eine Neuverteilung der Aufgaben den Kantonen wieder größere Gebiete zuzuweisen, in denen sie völlig selbständig entscheiden und handeln können. Daß dieses Ziel mit dem ersten, zur Zeit von den eidg. Räten diskutierten Paket der Aufgabenneuverteilung nicht erreicht werden kann, war schon von Anfang an klar. Hier werden ja, wie Herr KNAPP zu Recht bemerkt, die staatspolitischen, vor allem föderalistischen Zielsetzungen durch die finanzpolitischen Anstrengungen zur Entlastung des Bundeshaushaltes überlagert oder gar verdrängt. Aber auch die in Vorbereitung befindlichen weiteren «Pakete» werden keine umfassende Entflechtung bei der Aufgabenerfüllung durch Bund und Kantone bringen, sondern höchstens einen Abbau übermäßiger, unnötiger Verflechtungen, die sich in den letzten Jahren gebildet haben. Ich stimme Herrn SALADIN zu, daß es bei den laufenden Reformarbeiten nur um eine illusionslos nüchterne Verbesserung der Aufgabenverteilung im Sinne der Korrektur von Auswüchsen gehen kann. Im übrigen hat die «Verbundwirtschaft» für den Bürger einen weiteren Vorteil, der oft übersehen wird: Sie hemmt die Machtentfaltung des Bundes und der Kantone, die zusammenarbeiten, aufeinander Rücksicht nehmen, sich konsultieren und abstimmen müssen.

Es gibt also kein «retour à la nature» des Föderalismus. Aber man kann offensichtlich bei der Handhabung und Weiterentwicklung der gegenwärtigen bundesstaatlichen Ordnung für «mehr oder weniger Bund» eintreten. In dieser Hinsicht gehen die Meinungen der beiden Referenten, wenn ich dies richtig sehe, doch etwas auseinander. Ich will sogleich bekennen, daß ich eher der Auffassung von Herrn KNAPP zuneige, der für möglichst viel Rücksichtnahme auf die unterschiedlichen Verhältnisse in den Kantonen, für möglichst weite Gestaltungsspielräume der Kantone selbst beim Vollzug des Bundesrechts und entsprechend für große Zurückhaltung des Bundes bei der Ausschöpfung seiner bestehenden oder der Inanspruchnahme neuer Befugnisse plädiert, während Herr SALADIN insgesamt

doch mehr Vereinheitlichungen und Zentralisierung beim Bund befürwortet. Das ist, ich weiß es, sehr vergröbernd gesagt, ich möchte aber trotzdem darauf verzichten, dies jetzt näher zu begründen.

In diesem Zusammenhang nur noch eine konkrete Frage: Kann man mit Herrn SALADIN von einem für die Kantone verbindlichen Gesetzesbegriff der Bundesverfassung ausgehen? Folgt mit anderen Worten aus dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für staatliche Maßnahmen im Bereich der Eingriffs- und neuerdings auch der Leistungsverwaltung, daß die betreffenden Regelungen der Kantone auf einem Gesetz im formellen Sinne beruhen müssen? Sind alle wichtigen kantonalen Anordnungen, welche Grundrechte tangieren oder die Erbringung bzw. Verweigerung von Leistungen vorsehen, in die Form eines Erlasses zu kleiden, der dem (obligatorischen oder fakultativen) Referendum untersteht? Sind also – das wäre die Konsequenz dieser Betrachtungsweise – Bestimmungen in Kantonsverfassungen, die ein selbständiges Verordnungsrecht der Parlamente oder Regierungen – z. B. im Bereich der Gebührenerhebung, des Beamtenrechts, des Polizeiwesens, des Vollzugs von Bundesrechts – statuieren, bundesverfassungswidrig? Oder kommt es für die Frage, welche Erlaßform als gesetzliche Grundlage für eine staatliche Maßnahme dienen kann, nicht doch – entgegen der Meinung von Herrn SALADIN – auf das *kantonale* Verfassungsrecht an? Sind die Kantone nicht in der Gestaltung des Rechtssetzungsverfahrens frei, sofern sie sich an die Schranken des Art. 6 BV halten? Kommt der «gemeineidgenössische» oder «transkantonale» Gesetzesbegriff nicht bloß dann zum Zuge, wenn die Kantonsverfassung keinen eigenen Gesetzesbegriff enthält und keine besondere Anordnung für die Zuständigkeit zur Regelung im betreffenden Sachgebiet trifft, wenn somit aus allgemeinen Grundsätzen wie der Gewaltenteilung oder dem demokratischen Strukturprinzip abgeleitet werden muß, wie die Rechtssetzungsbefugnisse auf die verschiedenen Staatsorgane zu verteilen sind?

Sie können sich vorstellen, welche Auffassung ich vertreten würde: die föderalistischere, die es den Kantonen erlaubt, ihre Rechtssetzung im Rahmen der Minimalanforderungen des Art. 6 BV selber zu organisieren und ihre Erlaßformen selbst zu bestimmen. Die gesamtschweizerische politische Kultur, die in allen Kantonen gefestigte demokratische Tradition garantiert m. E. ausreichend, daß es nicht zu untragbaren Defiziten in der demokratischen Legitimation wichtiger Staatsakte, z. B.

schwerwiegender Eingriffe in Grundrechtspositionen kommt. Und gewisse Unterschiede zwischen den kantonalen Rechtssetzungsverfahren würde ich nicht nur tolerieren, sondern sogar begrüßen. Ich bin gespannt, was die Referenten und weitere Votanten zu diesem Problem sagen.

M. le Professeur CHARLES-ANDRÉ JUNOD, Genève:

Si le Comité de notre Société a fait preuve d'une certaine audace en choisissant, pour le Congrès de 1984, deux thèmes très généraux relevant du droit public, il peut *a posteriori* s'en féliciter, car les quatre rapports qui nous ont été soumis constituent, chacun par ses qualités propres, un réel enrichissement pour l'étude de deux sujets qui, pour n'être point nouveaux, n'en sont pas moins d'une grande actualité. Les nombreux problèmes évoqués par les deux rapporteurs de ce matin pourraient évidemment susciter maintes observations; je me bornerai ici à revenir sur deux points du rapport de mon collègue KNAPP, qui intéressent l'un et l'autre la question fondamentale du partage des compétences entre la Confédération et les cantons.

Le premier concerne plus spécifiquement le concept des «*compétences fédérales par nature*» (pp. 330–336). Je ne pense pas donner prise au grief (formulé par M. SALADIN en fin de son rapport, pp. 589–590) d'une conception négative ou anti-étatique du fédéralisme en disant que j'éprouve, quant à la légitimité, à la praticabilité et à l'utilité de ce concept, des doutes sérieux, que les illustrations données par le rapporteur n'ont nullement dissipés.

Pour ce qui est tout d'abord de la *légitimité* de ce concept, elle me semble peu conciliable avec le système de répartition des compétences consacré par l'art. 3 Cst., compte tenu des diverses procédures de revision de la Constitution fédérale: si de nouvelles compétences doivent être reconnues à la Confédération, il importe – hormis l'état de nécessité – de suivre l'une ou l'autre des procédures de «revision» constitutionnelle (*lato sensu*, y compris celle de l'article 89<sup>bis</sup> al. 3 Cst.), à défaut de quoi tant la règle de l'article 3 Cst. que lesdites procédures de «revision» risquent d'être vidées d'une partie de leur substance.

Cette première critique d'ordre logique est confortée par les deux autres, qui intéressent donc la praticabilité et l'utilité du concept de compétences fédérales «par nature». Les exemples

choisis par Monsieur KNAPP me donnent à penser qu'il est peu praticable. Puisque nous avons le plaisir de siéger en Valais, je reprendrai tout d'abord celui de la législation relative à l'acquisition d'immeubles par des étrangers: selon notre rapporteur, «on ne verrait pas les étrangers être interdits d'acquisition de biens immobiliers en certains cantons et autorisés en d'autres» (p. 335); cette affirmation constitue, me semble-t-il, *une* pétition de principe. Monsieur KNAPP, qui reconnaît justement que cette législation «relève du droit public» (p. 334), pense-t-il vraiment qu'elle devait être uniforme pour sauvegarder l'unité du droit civil fédéral auquel on a prétendu *abusivement* la rattacher? Cela étant, je ne saisis pas ce qui commanderait son uniformité; plus concrètement, je ne vois point quel intérêt fédéral supérieur serait compromis si un canton tel que le Valais estimait judicieux, en raison de liens touristiques fort anciens avec l'étranger, d'admettre assez largement certaines catégories d'acquisitions étrangères, alors que d'autres cantons, traditionnellement plus refermés sur eux-mêmes, les interdiraient absolument. Notre rapporteur n'a-t-il pas lui-même judicieusement relevé que la tendance à faire de certaines zones du pays «des *réserves d'Indiens* ou des *régions de récréation* pour les habitants nerveusement fatigués des grandes villes marquerait la fin du fédéralisme» (p. 425)?

Sans doute, les exemples d'ordre technique mentionnés par Monsieur KNAPP (navigation maritime ou aérienne, circulation automobile, transports ferroviaires) sont-ils plus convaincants, encore que purement rhétoriques, parce qu'anachroniques, ces diverses compétences ayant été attribuées à la Confédération depuis très longtemps. A supposer cependant que de nouveaux développements technologiques viennent à susciter derechef de semblables problèmes, pourrait-on vraiment admettre une compétence fédérale «par nature»? Personnellement, je ne saurais le faire: toujours sous réserve d'un véritable *Notstand*, la pesée des intérêts entre, d'une part, le respect des principes relatifs au partage des compétences et, d'autre part, les avantages pratiques liés à l'admission d'une compétence fédérale «par nature» me paraît peu propre à privilégier les seconds; pour prendre un exemple plus récent que ceux évoqués par Monsieur KNAPP, je n'ai pas le souvenir que, lors des travaux préparatoires qui ont abouti, en 1961, à l'adoption de l'article 26<sup>bis</sup> Cst. touchant le transport par conduites, l'on ait tenté de prétendre qu'en tout état de cause la Confédération pouvait revendiquer une compétence «par nature» dans ce domaine. De



même, lorsqu'elle a dû intervenir restrictivement pour lutter contre la surchauffe, je ne vois pas qu'on ait songé à pallier les insuffisances de l'ancien article 31<sup>quinquies</sup> Cst. en recourant au concept de compétences fédérales «par nature».

Pour ce qui est enfin de l'*utilité* de ce concept, elle me paraît *plus* réduite que ne l'a admis notre rapporteur, en ce sens que, dans la plupart des cas, il ne s'agit pas de compétences véritablement nouvelles, mais plutôt de *compétences accessoires*, qui peuvent être déduites par interprétation d'autres compétences fédérales explicites; il en est ainsi non seulement dans les situations reconnues telles par Monsieur KNAPP (pp. 330–333 et 336–338) et notamment lorsqu'il s'agit d'imposer aux cantons certaines règles d'organisation ou de procédure afin d'assurer la bonne application du droit fédéral de fond, mais aussi en rapport avec certaines compétences exclusives (ou quasi exclusives) très générales de la Confédération; c'est ainsi, pour revenir à l'exemple de la «loi Furgler», qu'il ne serait pas nécessaire de faire appel au concept de compétences fédérales «par nature» pour admettre que la Confédération peut édicter des règles interdisant l'acquisition d'immeubles par des étrangers dans le voisinage d'ouvrages militaires (sur la base des compétences que lui attribuent les art. 19, 20 et 22 Cst.) ou obligeant les cantons à autoriser l'acquisition d'immeubles destinés à l'exercice des activités de missions diplomatiques ou d'organisations internationales établies dans notre pays (sur la base de sa compétence en matière de relations extérieures prévue à l'art. 8 Cst.). Comme l'a justement souligné Monsieur KNAPP (pp. 331, 336, 337–338), l'essentiel est ici de ne pas aller au-delà de ce qu'exige véritablement la bonne application du droit fédéral.

J'en arrive ainsi à ma seconde observation, qui concerne les *compétences législatives de la Confédération limitées aux principes*. Comme l'illustrent parfaitement les cas de l'aménagement du territoire ou de la protection de l'environnement, ces compétences sont le fruit de compromis dictés par la réticence des cantons devant l'expansion du «fédéralisme d'exécution». Il s'agit-là d'une solution assurément intéressante pour sauvegarder la quasi-souveraineté des cantons tout en garantissant un minimum d'harmonisation intercantonale dans des matières où de trop fortes disparités ne seraient guère supportables. L'usage qui en a été fait en matière d'aménagement du territoire me paraît cependant préoccupant à certains égards, car propre à vider d'une bonne partie de sa valeur «fédéraliste» ce concept de *Grundsatzgesetzgebungskompetenz*.

Sans doute, dans le système de la loi du 22 juin 1979, les cantons demeurent en principe maîtres du contenu de leur planification territoriale, en ce sens notamment qu'ils délimitent eux-mêmes les zones à bâtir, les zones agricoles et les zones à protéger (art. 14 al. 2 LAT); la loi fédérale leur fournit essentiellement un cadre juridico-technique de planification; plus qu'une *Grundsatzgesetzgebung*, elle est – sous réserve des compétences d'intervention du Conseil fédéral prévues aux art. 11 et 12 LAT – une *Rahmengesetzgebung*, et cela me paraît à la fois judicieux et respectueux de la quasi-souveraineté cantonale.

On peut, en revanche, rester plus perplexe devant le degré élevé de précision dans le détail auquel aspire une telle loi-cadre, ou du moins l'interprétation qu'en défendent les autorités fédérales. Je n'en donnerai ici que deux exemples, qui rejoignent les craintes exprimées par notre rapporteur. L'harmonisation recherchée et la *Bundestreue* qui la justifie en définitive commandent-elles vraiment que le concept d'exploitation horticole (art. 16 al. 1 litt. a LAT) soit défini de manière uniforme, jusque dans ses derniers détails, ainsi que le Tribunal fédéral a estimé devoir le faire, en cassant une décision cantonale un peu moins rigoriste à cet égard que les techniciens de l'Office fédéral (cf. ZBl 1984 179 ss)? Plus inquiétante encore me paraît être l'inclination du Tribunal fédéral à suivre le même Office dans une interprétation extensive de la norme unificatrice de l'art. 33 al. 3 lettre a LAT touchant la qualité pour recourir: une telle loi-cadre est-elle vraiment l'instrument permettant de poursuivre un «but de politique législative qui est simplement de faire triompher la conception large de la qualité pour recourir telle qu'elle a été développée par la jurisprudence et la doctrine récentes» (DFJP/OFAT, Etude relative à la LAT, Berne 1981, note 18 ad art. 33 LAT)? Si l'on peut admettre d'imposer une telle solution aux autorités cantonales toutes les fois qu'est ouverte une voie fédérale de recours régie par les art. 48 lettre a LPA ou 103 lettre a OJF, on ne saurait le faire d'une manière encore plus générale, soit toutes les fois qu'elles «appliquent des dispositions qui visent principalement des objectifs d'aménagement du territoire» (Arrêt *Dupraz*, du 14 décembre 1983; RDAF 1984 143 ss, 145).

De tels développements me paraissent propres à susciter, et même à justifier une certaine méfiance à l'égard de ce mode de partage des compétences entre la Confédération et les cantons, comme aussi le sentiment de ces derniers que leur «pouvoir de légiférer dans le cadre du droit fédéral» tend à se rapprocher

d'«une simple compétence de prendre des décisions d'application d'une loi fédérale complète» (KNAPP, p.427).

Dr. OSCAR VOGEL, Thalwil:

Zum Thema «Bund und Kantone» möchte ich ein «Jahrhundertproblem» des schweizerischen Föderalismus aufgreifen, das heute nicht im Licht der politischen Aktualität steht, für die praktizierenden Juristen dieses Landes aber von alltäglicher Aktualität ist. Ich spreche vom schweizerischen Verfahrensföderalismus, im besonderen von der – in den Referaten, die naturgemäß hauptsächlich auf das Verwaltungsverfahren ausgerichtet sind, nur beiläufig erwähnten – Gesetzgebungshoheit der Kantone im Zivil- und Strafprozeßrecht. Diese ist als Folge der Niederlage der Totalrevision von 1872 in der Bundesverfassung ausdrücklich festgesetzt (BV 64 III, 64<sup>bis</sup> II). Was 1872 scheiterte – *die Vereinheitlichung des Zivil- und Strafprozeßrechts* – ist zwar zu heutigen Tendenzen der Re-Föderalisierung gegenläufig und zudem von weit geringerer politischer Relevanz als hochpolitische Fragen wie jene der Aufgabenentflechtung oder gar des Ausgleichs regionaler Ungleichheiten über die Kantonsgrenzen hinweg. Gleichwohl erscheint es mir unerlässlich, in einer Föderalismusdiskussion dieses Postulat wieder in Erinnerung zu rufen. Es gibt m. E. Gründe für die Annahme, Vereinheitlichungsbemühungen müßten heute nicht von vornherein aussichtslos sein, jedenfalls wohl – trotz des Optimismus von Herrn SALADIN – weniger aussichtslos als eine Totalrevision der Bundesverfassung. Dabei beschränke ich mich im folgenden auf Aspekte aus der Entwicklung des *Zivilprozeßrechts*.

1. Ausgangspunkt muß dabei sein, daß Gegenstand einer Vereinheitlichung nur das eigentliche *Verfahrensrecht* sein kann, welche Auffassung schon die Arbeiten der Juristentage von 1961 und 1969 beherrschte. Die *Organisationshoheit der Kantone*, die sich nach SALADIN (S.498) als besonders beständiges Prinzip des Bundesstaates erwiesen hat, soll nicht angetastet werden. Der Bürger ist regelmäßig mit der in seinem Kanton gegebenen, durch historisch-politische Gliederungen (Kreise, Bezirke, Ämter etc.) mitbestimmten Struktur der Gerichtsbehörden so verwachsen, daß er grundlegende Änderungen ablehnt. Eingriffe des Bundes in die Organisationshoheit auf diesem Gebiet wären daher chancenlos.

2. Die Vereinheitlichung des Verfahrensrechts ist *materiell dringlich*. Daß sie es schon seit hundert Jahren ist, ändert an der sachlichen Notwendigkeit nichts. Neuere Entwicklungen machen sie aber augenfällig, aktuell.

a) So sieht sich der *Bundesgesetzgeber* seit den 70er Jahren veranlaßt, praktisch bei jeder Neuregelung oder Revision einer privatrechtlichen Materie verfahrensrechtliche Normen aufzustellen, welche den kantonalen Kompetenzbereich entsprechend beschneiden. Dabei kann eine geradezu exponentiell anmutende *Zunahme der Zahl* solcher bundesrechtlicher Bestimmungen festgestellt werden, zugleich aber eine *neue Zielsetzung* der Eingriffe ins kantonale Prozeßrecht.

Die *Vermehrung* solcher Normen ergibt sich einerseits daraus, daß sie fast bei jeder gesetzgeberischen Tätigkeit auf dem Gebiete des Privatrechts für notwendig erachtet werden. Man denke an die Regeln über Zuständigkeit und vorsorglichen Maßnahmen im neuen Persönlichkeitsschutzrecht, die auch im privaten Datenschutzrecht Geltung haben sollen. Unter den Gesetzesvorlagen ist sodann vor allem auf den Entwurf eines Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht hinzuweisen, der eine vollständige bundesrechtliche Zuständigkeitsordnung für internationale Fälle neben die noch zur Hauptsache durch kantonales Recht bestimmte Zuständigkeitsordnung stellen will, die dann nur noch für Binnenfälle gelten würde.

*Ziel* solcher bundesrechtlicher Eingriffe war es früher stets, die Durchsetzung des Bundesrechts zu gewährleisten, womit sie vor Art. 64 Abs. 3 BV gerechtfertigt werden konnten. Dieses Argument steht auch weiterhin im Vordergrund. Wirkliches Ziel ist jedoch heute häufig, die Rechtsdurchsetzung durch den *Abbau von Rechtswegbarrieren* für den Bürger effektiver zu gestalten. Musterbeispiel dafür sind die im Aktienrechtsentwurf vorgesehenen Eingriffe ins kantonale Kostenrecht, um Anfechtungsklagen und Verantwortlichkeitsklagen für den einzelnen Aktionär erschwinglich zu machen (E OR 706 IV, 756 II). Der gleichen Zielsetzung dienen Gerichtsstände am Ort des Klägers, das zur Regel werdende Gebot des «einfachen und raschen» Verfahrens, Untersuchungsmaxime und freie Beweiswürdigung. Mittelbar dient der Abbau von Rechtswegbarrieren allerdings auch der Durchsetzung des Bundesrechts: Aus dieser Sicht ist sie indessen nicht durch Verschiedenheiten oder Eigentümlichkeiten des kantonalen Prozeßrechts gefährdet, sondern durch Grundsätze des klassischen Zivilprozesses (z. B.



die Verhandlungsmaxime) oder durch prozeßimmanente Gefahren (z. B. die Prozeßdauer).

b) Nur kurz sei sodann auf die *Rechtsprechung des Bundesgerichtes* hingewiesen, das u. a. prozessuale Fragen als solche des Bundesprivatrechts erklärt, ebenfalls mit dem Ziel, die Durchsetzung des Bundesrechts zu gewährleisten. Diese Rechtsprechung vereinheitlicht z. B. die Rechtsanwendung in der Frage des Rechtsschutzanspruches und des fehlenden Rechtsschutzinteresses mehr und mehr. Ein neuester Entscheid erklärt z. B. das Feststellungsinteresse als ausschließlich durch Bundesrecht bestimmt, was einem Postulat der Lehre entspricht.

Zahlreiche Eingriffe ergeben sich andererseits aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den *grundrechtlichen Verfahrensgarantien* (BV 4, 58, 61; SALADIN, S. 474).

c) Eine gewisse Vereinheitlichung – wenn auch naturgemäß ohne Konsequenz und System – läßt sich auch auf der Ebene der *kantonalen Gesetzgebung und Rechtsprechung* feststellen. Bei kantonalen Prozeßgesetzrevisionen ist die *interkantonale Rezeption* als ein «facteur d'unification de fait» (KNAPP, S. 338) wirksam. Und die Durchsicht der publizierten kantonalen Gerichtspraxis zeigt anhand der zahlreichen Zitate aus GULDENER und STRÄULI/MESSMER/WIGET, daß auch die anerkannte Lehre auf die prozessuale Rechtsprechung einen vereinheitlichenden Einfluß ausübt.

3. Diese vielfältigen *Umwege* zur partiellen Vereinheitlichung des Zivilprozeßrechts sind Ausdruck des Bedürfnisses, ja der *sachlichen Notwendigkeit* einer Vereinheitlichung auf Bundesebene. Sie sind wohl gewichtiger als das vom Praktiker in der alltäglichen Arbeit verspürte Bedürfnis, im ganzen Gebiet der Schweiz sicheren prozessualen Boden unter den Füßen zu haben.

Die punktuellen Vereinheitlichungsbemühungen des Bundesgesetzgebers und des Bundesgerichtes schließen übrigens eine *weitere Zersplitterungsgefahr* in sich: Neben die Zersplitterung in 26 kantonale Prozeßrechte – die horizontale Zersplitterung – tritt eine *vertikale Zersplitterung* des Prozeßrechts: Die Frage, welche prozeßrechtlichen Fragen durch Bundesrecht, welche durch kantonales Recht geregelt seien, ist immer schwieriger zu beantworten.

Die damit signalisierte Gefahr weiterer Rechtsunsicherheiten läßt es also um so mehr geboten erscheinen, *statt vieler Umwege einen Weg* zur Vereinheitlichung des Prozeßrechts zu



suchen. Das führt mich zur Forderung, die Vereinheitlichung des Prozeßrechts erneut an die Hand zu nehmen.

M. FRANÇOIS PICOT, docteur en droit, Genève

Après les deux travaux très remarquables qui nous ont été remis et qui constituent une véritable «charte du fédéralisme» et de ses problèmes, il reste peu à dire.

Je voudrais cependant intervenir sur ce que j'appellerai le bicameralisme suisse et l'esprit du fédéralisme.

Je commencerai par rappeler un souvenir. En 1964, je me suis rendu à Philadelphie et j'ai eu le privilège de visiter en compagnie de M. Rohrbach, alors consul de Suisse à Philadelphie, le City Hall. Philadelphie, comme vous le savez, a été la première capitale des Etats-Unis. Lorsqu'on entre dans le City Hall, on vous montre tout d'abord au rez-de-chaussée la Liberty Bell, la cloche de la liberté. Ensuite, on monte au premier étage et dans l'une des ailes, on voit la première salle de la Chambre des Représentants et dans l'autre aile la première salle du Sénat américain. Toutes deux sont restaurées avec le soin que mettent les Américains à de telles restaurations et vous avez l'impression que vous allez rencontrer Benjamin Franklin, Jefferson ou Madison. Pour un Suisse, c'est une visite très émouvante. On a l'impression de revenir aux sources de notre Etat actuel. Cela a une certaine analogie avec une visite au Grütli.

Le Rapporteur genevois, le Professeur KNAPP a rappelé que l'idée d'instituer en Suisse le système bicaméral venait de JAMES FAZY, le leader radical genevois qui à l'époque venait de s'emparer du pouvoir par la Révolution de 1846, déclenchée notamment pour modifier le vote de Genève à la Diète sur la question du Sonderbund. JAMES FAZY était favorable à ce système, il en avait parlé au Grand Conseil genevois, qui avait pris une résolution en sa faveur.

Ce n'est cependant pas JAMES FAZY qui siégeait au sein de la Commission de revision de la constitution fédérale en 1848. Genève y était représentée par le Colonel Rilliet-Constant, qui venait d'être pendant la guerre du Sonderbund le chef d'état-major du général Dufour. J'ai relu récemment les études du Professeur WILLIAM RAPPARD sur la genèse de notre constitution fédérale de 1848. Il est intéressant de suivre les débats de cette commission de revision.

Le projet de deux chambres n'y a pas été présenté immédiatement. La Commission au début de ses débats s'est trouvée en

face de deux projets, l'un de Druey, désirant un parlement unique, l'autre émanant des petits cantons et qui voulait en revenir au système de la Diète du pacte de 1815, mais en l'améliorant quelque peu.

C'était l'impasse. Ce n'est qu'au cours de la deuxième ou troisième séance que Rilliet-Constant a présenté le projet d'un système bicaméral inspiré des Etats-Unis.

Les critiques ont été nombreuses. On a avancé contre le projet les arguments suivants:

- C'est un projet qui vient d'Amérique du Nord, ce qui vient d'Amérique n'est pas approprié aux circonstances locales de la Suisse.
- Certains députés ont estimé que d'avoir deux parlements coûterait trop cher. On a calculé qu'à Fr. 8.– par député et par jour, une Session des Chambres Fédérales reviendrait à Fr. 25 000.–, ce que ne pouvait pas supporter un état modeste comme la Suisse.

Une autre critique a été émise, qui était peut-être assez fondée: on a estimé que si un projet devait être discuté dans les deux Chambres, la procédure serait trop longue et que l'on aurait des navettes interminables. Mais finalement ce projet a été adopté, sans enthousiasme, mais faute de mieux car on ne trouvait pas de meilleur système pour sortir de l'impasse.

Depuis lors, suivant les époques, nous avons toujours eu cette tension entre un fédéralisme absolu et un système de centralisation. Avec des nuances diverses, il y a toujours eu une hésitation entre le projet centralisateur de Druey et d'Ochsenbein et le retour à la Diète voulu par certains.

Cette tension, nous devons l'assumer, chaque génération doit la vivre à nouveau et l'on ne doit tomber ni d'un côté ni de l'autre.

Pour pouvoir vivre cette tension, il faut un certain esprit, l'esprit du fédéralisme. Admettre qu'il y a des tâches fédérales, mais admettre que les cantons doivent être actifs.

Cet esprit du fédéralisme, il me paraît avoir été extrêmement bien exprimé dans un texte auquel j'aime à revenir, texte sur lequel le Professeur SALADIN a attiré notre attention. Il est de HERBERT LÜTHY, «Vom Geist und Ungeist des Föderalismus», il a paru dans l'annuaire de la Nouvelle Société Helvétique, communément appelé le Jahrbuch de 1965 aux pages 29 et suivantes. En page 43, LÜTHY reprend comme idée de l'esprit suisse l'expression tessinoise: «La libertà svizzera» et il ajoute ensuite:

«In dieser nie ganz unproblematischen Übertragung der urschweizerischen Freiheitsidee auf die industrialisierte «äußere Schweiz», in der Durchsetzung der direkten Demokratie auf allen Stufen, schrittweise und begrenzt vor dem Jahrhundertende auch im Bund, kamen das konservative und das radikale Ideal, die Urdemokratie der Bergkantone und die Urnendemokratie der Industriekantone, das enge Heimatgefühl und die schweizerische Nationalidee zur Deckung und zur Versöhnung. In ihr hat die Schweiz damals eine eigene, unverwechselbare politische Zivilisation geschaffen, die nicht nur eine Staatsform, sondern eine Lebensform ist und deren Bindekraft groß genug war, die Konfessions-, Sprach- und Kulturgrenzen durch ein gemeinsames politisches Nationalbewußtsein zu überbrücken. Daß dieses Nationalbewußtsein nicht an angestammte, vererbte Eigenschaften wie Sprache und Volkstum, sondern an eine historisch geschaffene politische Lebensform geknüpft ist, macht seine Größe und seine Problematik, weil diese Lebensform eben echte Lebensform bleiben muß und nicht zur bloßen Staatsform verkümmern darf, wenn die Schweiz ihre «raison d'être» bewahren soll.»

C'est cet esprit, cette «Lebensform», cette manière d'être qui rendra notre fédéralisme vivant. Chaque génération doit refaire l'effort. Cet effort peut se marquer souvent par de petites choses. Ce sera par exemple pour un journaliste dans le cas évoqué plus haut par le Professeur DALLÈVES de parler dans son journal non seulement des rapports en français mais aussi des rapports en allemand, ce peut être pour beaucoup d'entre nous de renoncer un jour à un déjeuner entre amis à Genève pour prendre le train de 6 h 54 le matin afin d'aller à une séance d'une association professionnelle ou culturelle à Berne ou à Zurich. C'est grâce à cet esprit que le fédéralisme se maintiendra, d'une part dans les institutions qui sont importantes, mais également dans l'esprit de chaque citoyen.

Prof. GERHARD SCHMID, Basel:

Beiden Referenten ist es wie schon den Referenten vom Vortag gelungen, auf einem bereits reichlich beackerten Feld in beeindruckender Weise weiterführende Arbeiten zu präsentieren, und wir müssen wohl der Tatsache ins Auge sehen, daß die vier in die Kategorie aufsteigen, die man unlängst als «Klassiker und solche, die es zu werden drohen» bezeichnet hat. Ich darf so bei den heute zur Debatte stehenden Beiträgen insbesondere hervorheben die materialreiche, sorgfältig differenzierende Analyse zur Kompetenz- oder Aufgabenverteilung nach der geltenden Bundesverfassung bei Herrn SALADIN einerseits, die

in dieser Gesamtübersicht einzigartige und auch sozialwissenschaftlich relevante Darstellung der außerordentlich vielfältigen Formen des Zusammenwirkens von Bund und Kantonen beim Vollzug des Bundesrechts durch die Kantone bei Herrn KNAPP andererseits.

Ich erlaube mir, Ihnen zur Thematik der Referate noch zwei ergänzende, vielleicht auch andere Akzente setzende Bemerkungen vorzutragen:

1. Das Gespräch über die Kompetenz- oder Aufgabenverteilung in einem Bundesstaat läßt sich wohl zu keiner Zeit vom Gespräch über die Rolle des Staates überhaupt säuberlich scheiden. Diskussionen über die Neuverteilung der Aufgaben sind so zwangsläufig auch Diskussionen über die Bereinigung staatlicher Aufgabenkataloge.

Das hat sein Gutes: Der heutige Staat ist gleichermaßen durch potentielle Allzuständigkeit wie durch mannigfache Einbindungen und begrenzte Mittel gekennzeichnet. In den letzten Jahren wurde dies durch die Auswirkungen sich verschlechternder wirtschaftlicher Rahmenbedingungen auf die öffentlichen Haushalte eindrücklich bewußt gemacht; gleichzeitig ist eine gewisse Machbarkeitsskepsis in allen politischen Lagern festzustellen. So hat uns der Wertwandel der letzten Jahre im übrigen auch die interessante Renaissance einer nicht-etatistischen Linken beschert.

Die nach wie vor ungenügend entwickelte Fähigkeit des politischen und Regierungssystems zur Selektion von Aufgaben angesichts potentieller Allzuständigkeit und begrenzter Mittel könnte aber bei Neuverteilungen von Kompetenzen oder Aufgaben nicht unbeträchtliche Stärkungen erfahren. Wir sollten mindestens versuchen, entsprechende Chancen zu nutzen. In dieser Lage sollte von Verfassungsaufträgen und konstitutionellen Zielsetzungen zurückhaltend Gebrauch gemacht werden, erscheint aber auch die Beibehaltung von Kompetenzen statt deren Überführung in Aufgaben nicht einfach von vornherein überholt. Vielleicht wäre sogar eine überlegt eingesetzte Unterscheidung von Aufgaben und Kompetenzen, eine differenzierende Auflistung in der Verfassung je nach Dringlichkeit der staatlichen Regulierung oder Leistungserbringung auf einem bestimmten Gebiet angezeigt.

2. Im Gegensatz zu den Praktikern der Politik haben sich die Juristen und Politologen nach wie vor nicht genügend klar

gemacht, daß staatliche Steuerung ebenso gewichtig über Finanzen statt über Normen erfolgt. Es gibt kein Subordinationsverhältnis, keine logische Abteilung, kein prius zwischen Aufgaben und Mitteln. Es gibt vielmehr ein gegenseitiges Abstimmen von Aufgaben, Ausgaben und Einnahmen, ein Hin- und Herwandern des Blicks zwischen diesen Größen, einen Optimierungsprozeß, bei welchem einmal die Aufgabe, einmal der gesetzte finanzielle Rahmen mehr ins Gewicht fallen wird: So ist das Leben, sei es beim Umgang mit dem eigenen Taschengeld, beim Verwalten des familiären Haushalts, in Wirtschaftsunternehmen oder beim Staat.

Der einzige Unterschied ist, daß uns dieser Optimierungsprozeß um so mehr Mühe schafft, je größer der Rahmen, je höher die Zahl der Variablen ist, während man umgekehrt etwa bis zur Gemeindeversammlungsebene noch wie im klassischen Drama die Einheit von Ort, Zeit und Handlung wahren, etwa von einem überschaubaren Zusammenhang zwischen bewilligten Projekten und geschlossenem Steuerfuß ausgehen kann.

Für die weniger überschaubare Lage auf Bundesebene zeigen denn die VOX-Analysen zu den eidgenössischen Volksabstimmungen über die verschiedenen Finanzpakete ganz klar, daß der Bürger bewußt die Einnahmenseite ebenfalls zur Steuerung benutzt und offenbar nicht daran denkt, sich dieser zwar nicht umfassenden, aber ohne Zweifel hochwirksamen Einflußmöglichkeit zu begeben. Die Voraussetzungslosigkeit der Steuer scheint so nicht nur die strenge Bindung des Abgabenrechts an das Legalitätsprinzip, sondern auch einen Zwang zur plebisziären Legitimierung über denjenigen bei Ausgabenbeschlüssen hinaus nach sich zu ziehen.

Als Steuerzahler wird man PETER SALADIN sicher zustimmen, wenn er ausführt (S.484), die Mittelbeschaffung entbehre weitgehend der Integrationswirkung und der Satz ist – wie ich PETER SALADIN kenne – nicht einmal so zynisch gemeint, wie er tönt, wenn man ihn auf der Zunge zergehen läßt. Das Problem stellt sich aber umgekehrt: Gerade ausländische Beispiele von Steuerwiderstand und Schattenwirtschaft zeigen, daß die Mittelbeschaffung je nach Intensität der Belastung ein Desintegrations- und Illegitimationspotential aufweist, welches unter Umständen die Integrations- und Legitimationswirkung staatlicher Ausgaben sicher übersteigen kann. Bei der Einschätzung solcher Gefahren dürfte uns der erwähnte Zwang, für Steuervorlagen Volksmehrheiten zu finden, davor bewahren, das vernünftige Maß zu verfehlen.



M. le Professeur JOSEPH VOYAME, Berne:

Une fois de plus, la Société suisse des juristes nous soumet de riches rapports qui, sur des sujets d'actualité, stimulent notre réflexion et nous montrent la voie des solutions. La démocratie hier, le fédéralisme aujourd'hui, deux thèmes qui mériteraient que chaque orateur apporte de savantes considérations juridiques, sociologiques, politiques.

Permettez-moi cependant de rester plus terre-à-terre, en abordant un sujet très pratique: la nouvelle répartition des tâches entre Confédération et cantons. La commission d'étude constituée à cette fin, le Conseil fédéral, le Parlement se sont attaqués en effet à des problèmes très concrets, à un réaménagement très direct des compétences, à une canalisation très précise de flots financiers roulant des milliards de francs. Et les principes dont ils se sont inspirés pour cela relèvent plus de la sagesse populaire que de la haute science politique ou juridique.

Vous le savez, le premier paquet de la répartition des tâches est en train d'achever son parcours parlementaire, tandis que le second paquet va affronter prochainement la procédure de consultation. Cela ne permet pas encore des conclusions, mais peut-être quelques réflexions.

D'abord – mais cela, nous le savons depuis longtemps et les deux rapporteurs l'ont relevé – le fédéralisme est un équilibre délicat, subtil. Il évolue dans un contexte changeant, il est soumis à des influences diverses, il faut sans cesse l'adapter. La nouvelle répartition des tâches est un aspect de ce recentrage, à la fois technique et politique. Technique, car il s'agit d'atténuer l'extraordinaire enchevêtrement actuel des compétences et des charges, enchevêtrement qui complique les cheminements administratifs, dilue les responsabilités et renchérit l'action de l'Etat. Politique, car, à notre époque de repli sur les petites collectivités, il faut renforcer celles que nous avons la chance d'avoir, c'est-à-dire les cantons.

Mais un recentrage d'autant plus difficile qu'il n'y a pas un modèle de canton. Il y a vingt-six cantons et il y a vingt-six modèles. Comment dès lors apprécier – pour rappeler le principe de la subsidiarité – ce qui peut être fait par le canton et ce qui dépasse ses forces? Ici encore, un jeu subtil, qui doit tenir compte de la coopération entre cantons et de l'atténuation des disparités par la péréquation financière et par les subventions différenciées de la Confédération.

Autre constatation: l'extraordinaire force d'inertie et la

résistance auxquelles on se heurte. Un seul exemple: l'opposition des fonctionnaires fédéraux et cantonaux à l'égard de tout changement. Curieusement du reste, les fonctionnaires cantonaux ne tiennent nullement à être libérés de la surveillance fédérale; M. KNAPP a évoqué ce phénomène tout à l'heure.

Mais, ce qui est le plus frappant, ce qui a été pour moi une véritable révélation, c'est le manque général de confiance dans les cantons. C'est ainsi que les bénéficiaires de subventions fédérales s'opposent farouchement à ce qu'elles deviennent cantonales. Et si vous proposez de confier aux cantons la protection des oiseaux, les milieux intéressés, même des fédéralistes avérés, répondront que vous voulez la disparition de notre faune ailée. Même dans le rapport de M. SALADIN transparaît cette méfiance. Car, quand il dit que l'opération ne doit pas se faire au dépens des plus faibles, il admet implicitement que ces plus faibles seront moins bien lotis si c'est le canton qui s'occupe d'eux.

Mais le manque de confiance, on le dénote même dans les plus hautes sphères cantonales. Permettez deux petites histoires vécues. Dans le cadre du second paquet de la répartition des tâches, la commission d'étude avait proposé que la Confédération renonçât à prescrire aux cantons les qualifications que doivent avoir leurs forestiers en chef: que les cantons les déterminent eux-mêmes, puisqu'ils sont responsables des forêts. Eh bien, un conseiller d'Etat – et non des moindres – s'est levé et a déclaré qu'il était indispensable, pour le bien des forêts, que la Confédération continuât d'ordonner aux cantons que leurs forestiers en chef fussent issus de l'Ecole polytechnique fédérale.

Seconde petite histoire: au cours d'un débat auquel j'ai assisté, un citoyen déclare devant un conseiller d'Etat que son canton a attendu trop longtemps pour s'occuper de l'aménagement du territoire. Et ce conseiller d'Etat – pas des moindres lui non plus – de s'indigner et de répondre que le canton a agi avec diligence, puisque l'article constitutionnel fédéral sur l'aménagement du territoire n'a été adopté qu'en 1971 et que la loi fédérale, qui précise les devoirs des cantons, n'est en vigueur que depuis deux ans. Il ne lui est apparemment pas venu à l'idée que les cantons étaient compétents avant 1971 et que, s'ils avaient agi d'eux-mêmes, la Confédération aurait peut-être pu se dispenser d'intervenir.

Des anecdotes, me direz-vous. Peut-être, mais aussi des exemples – que je pourrais multiplier – d'une incompréhension

des possibilités des cantons par ceux-là même qui doivent les mettre en œuvre.

On ne remédiera pas à cette situation d'un trait de plume. Il faut que les cantons, longtemps obnubilés par les mesures fédérales prises notamment en temps de crise ou de surchauffe, parfois étouffés – il faut le reconnaître – par les tâches d'exécution imposées par la Confédération, retrouvent leur confiance en eux, leur verve et leur dynamisme d'antan. M. KNAPP l'a dit en termes plus énergiques dans son rapport (p. 345): il faut, dit-il, que les cantons aient une attitude moins servile et plus responsable. La nouvelle répartition des tâches les y aidera. Car, outre ses résultats immédiats, elle a alerté l'attention et réveillé les consciences. Désormais on se demandera – on se demande déjà – à propos de chaque acte nouveau, si les tâches prévues sont adéquatement réparties, si l'un des niveaux de l'Etat ne pourrait pas s'en occuper seul, s'il est nécessaire que décision, paiement et contrôle cheminent à travers de multiples instances.

Bien sûr, tout cela n'est qu'un des aspects du fédéralisme. Les multiples questions abordées dans le rapport de M. KNAPP, par exemple, ne seront pas encore résolues. Sauf une peut-être: Dans le cadre du second paquet de la répartition des tâches, le Conseil fédéral va revoir le problème de l'approbation des réglementations cantonales par les autorités fédérales.

Et puis il restera, du moins je l'espère, le groupe de contact des cantons, le Kontaktgremium Kantone. Une belle institution, qui permet un dialogue continu entre les plus hautes autorités exécutives fédérales et cantonales et qui a accompagné la répartition des tâches tout au long de son élaboration.

C'est peut-être cet organisme qui contribuera à résoudre une partie au moins des problèmes soulevés dans les riches rapports que nous avons la chance de discuter aujourd'hui.

Dr. ROBERT BRINER-EIDENBENZ, Zürich:

Herr Prof. SALADIN beginnt sein Referat mit dem Satz: «Föderalismus ist politisches Prinzip, nicht mehr und nicht weniger.» – Also offensichtlich nicht rechtliches Prinzip. Im zweiten Absatz aber steht dann: «Er ist aber nicht einmal ein «abstraktes» Prinzip politischer Organisation, als solches jedenfalls nicht sinnvoll zu verstehen und entwickeln».

Mir scheint der Föderalismus im Gegenteil ein Prinzip zu sein, welches unter modernen, entwickelten, Verhältnissen

sowohl für eine sinnvolle politische wie für eine sinnvolle rechtliche Organisation unentbehrlich ist.

Die letzte bedeutende Rechtsvereinheitlichung in unserem Lande galt der Vereinheitlichung des materiellen Strafrechts. Ich weiß noch gut, wie damals erklärt wurde, es sei eine durch nichts zu rechtfertigende Ungerechtigkeit, wenn dasselbe Delikt im zürcherischen Feuerthalen (am Südufer des Rheins ob dem Rheinfall) anders bestraft werde als in Schaffhausen jenseits der Brücke. «Und im benachbarten badensischen Singen?», war meine Gegenfrage.

Natürlich war mir ebenso klar wie den andern Diskussionsmitgliedern, wo die Grenze lag, die eine solche Überlegung als absurd erscheinen ließ: an der Landesgrenze. Mir lag daran, die Staatsgrenzen, ob kantonale oder Landesgrenzen, rechtlich nicht etwa zu verneinen, aber zu relativieren.

Alle Folgerungen, die man aus dem Grundsatz der Rechtsgleichheit zu ziehen versucht – Herr Prof. SALADIN geht nach meiner Überzeugung hier über das zulässige Maß ein entscheidendes Stück hinaus – leiden nämlich notwendigerweise am Geburtsmangel, daß sie sich nur, oder höchstens, im Umkreis einer bestimmten Rechtsordnung Geltung zu schaffen vermögen.

Herr Prof. SALADIN erklärt, Föderalismus sei kein durchgehendes Prinzip menschlicher Organisation, sondern «essentiell bezogen und zu beziehen auf eine bestimmte politische Gemeinschaft» – also historisch bedingt. Ich möchte meinerseits behaupten, der Föderalismus sei zwar sicher historisch bedingt; dies besonders in seinen jeweiligen, glücklicherweise sehr verschiedenartigen Erscheinungsformen. Diese historische Ausformung hindere aber den Föderalismus keineswegs daran, ein Prinzip zu sein; denn zum föderalistischen Prinzip *gehöre* gerade die historische Ausformung.

Demgegenüber ist in meiner Sicht die uns allen bekannte, und in der Praxis oft sehr problematische, Aufsplitterung des Rechts in voneinander scharf abgehobene Kreise zwar ebenso historisch. Sie ist jedoch, scheint mir, mit dem notwendigen Widerspruch behaftet, daß jede Rechtsordnung an sich umfassende Geltung beanspruchen müßte, dies jedoch aus historisch-politischen Gründen nicht tun kann.

Solchen Überlegungen würde selbstverständlich der Boden entzogen, gelänge es der Menschheit, einen Erdenstaat zu schaffen – und zu ertragen. Persönlich halte ich eine solche Entwicklung nicht für möglich (und übrigens auch nicht für

wünschbar). Wir müssen jedoch, glaube ich, hier nicht Futurismus betreiben. Mir scheint zur Zeit die Feststellung zu genügen, daß, *solange* die Menschheit einen Erdenstaat nicht zu schaffen oder nicht zu ertragen vermag, der Föderalismus das einzige Mittel ist, der rechtlichen Zerrissenheit der Gesellschaft, von innen heraus, zu Leibe zu rücken.

Der Föderalismus tut dies in der Form, daß die Rechtssetzung, und erst recht die Rechtsdurchsetzung, nicht bei einem einzigen Machtzentrum monopolisiert sind. Man denke an die Entwicklung der schweizerischen Eidgenossenschaft, der USA, in Ansätzen wohl auch der EG.

In einem weiteren Sinne föderalistisch sind übrigens auch multilaterale Staatsverträge; besonders wo sie eigene Behörden schaffen – etwa die Verträge betreffend den Verkehr auf dem Rhein oder auf der Donau, oder betreffend die Immaterialgüterrechte. In einem noch weiteren Sinne hat wohl überhaupt das Völkerrecht eine föderalistische Färbung. Das wären dann Überbrückungen unserer menschlichen rechtlichen Zerrissenheit mehr von außen her – was ihren Wert in keiner Weise schmälert: Diese Überbrückungen sind ihrerseits unentbehrlich.

Lassen Sie mich mit der Bemerkung schließen, daß ich – anders als der Herr Referent – eine analoge Bedeutung des föderalistischen Prinzips auch im politischen Bereich zu erkennen vermeine. Die verheerenden Folgen, die sich aus der Rousseauschen Idee der *volonté générale* ergeben könnten – und z. T. leider auch ergeben haben und noch ergeben –, werden m. E. ihrerseits am wirksamsten durch eine föderalistische Aufgliederung, dieses Mal des unentbehrlichen staatlichen Machtmonopols, bekämpft.

Nicht nur fallen in einer föderalistisch organisierten politischen Gemeinschaft die politischen Entscheidungen tatsächlich nicht in *einer* Zentrale. Vielmehr erleben darüber hinaus die Bürger einer solchen Gemeinschaft dauernd, daß Mehrheiten etwas relatives sind: Sie können im engen Kreis so, im mittleren anders, und in einem weiteren Kreise noch einmal anders konstituiert sein.

Hiezu kommt in der Schweiz (z. T. auch anderswo), daß – zum großen Teil dank einer föderalistischen Gliederung – auch die politischen Begriffe und Erscheinungsformen – etwa die Parteien und Parteibeteiligungen – von Gegend zu Gegend höchst erfreulich verschieden sind.

*Zusammengefaßt:* Ich bin der Überzeugung, daß der Födera-



lismus nicht nur ein durchgehendes Prinzip menschlicher Organisation – einer entwickelten menschlichen Organisation – ist, sondern vor allem eines der wichtigsten Prinzipien einer entwickelten rechtlichen und politischen Organisation.

Dr. PHILIBERT MURET, Morges:

M. le Prof. KNAPP a fort bien rappelé que depuis 1848 l'organisation politique de la Suisse repose sur deux piliers: le peuple, expression du principe démocratique, et les Cantons, expression du fédéralisme conçu – en dehors de toute idéologie – comme la politique étrangère commune des Etats confédérés. Remarquons que théoriquement chacun de ces deux piliers pourrait exister sans l'autre. On pourrait concevoir une Suisse démocratique sans être fédéraliste (la République helvétique en fut la catastrophique démonstration), ou inversement une Suisse fédéraliste sans être démocratique (ce qui nous ramènerait au régime de 1815 avec ses faiblesses, mais nous permettrait par exemple d'accueillir le Liechtenstein). Mais cessons de rêver: depuis bientôt 150 ans, nous sommes condamnés, quelles que puissent être nos objections ou nos préférences, à la coexistence, à coup de compromis, entre deux formes d'organisation politique partiellement contradictoires. La démocratie, soit le principe un homme-une voix, est sacrifiée sur l'autel du fédéralisme lorsque le vote d'un Appenzellois a plus de poids que celui d'un Bernois. Mais le fédéralisme, soit le principe un Etat-une voix, est à son tour sacrifié lorsque la majorité des cantons n'est pas exigée en matière de referendum législatif.

Cet équilibre, à la fois fragile et vital, est menacé par la dynamique bien connue de la centralisation en régime démocratique; les exemples surabondent. Pour y résister, le fédéralisme s'appuie sur trois barrages: la compétence générale des Cantons (art. 3 Cst.), le Conseil des Etats, la double majorité en matière constitutionnelle. Mais la dynamique centralisatrice est tenace et cherche à s'infiltrer entre ces obstacles. Elle a trouvé cinq brèches:

- les *subventions*, qui entraînent les Cantons dans un système de mendicité parfois proche de la prostitution;
- les *immunités* accordées par des lois spéciales à la Confédération, ce qui vaut par exemple aux Lausannois le spectacle affligeant d'une espèce de machine à Tinguely érigée sur le toit de leur bel Hôtel des Postes, sous prétexte de télécommu-

- nications, mais au mépris du droit cantonal en matière de police des constructions;
- les *dispositions accessoires* glissées, en violation des compétences cantonales (notamment en matière de procédure et d'organisation), dans des lois fédérales par ailleurs admissibles au regard de l'art. 3 Cst.;
  - la théorie des «*compétences fédérales par nature*», qui permettrait de tourner la barrière de l'art. 3 Cst. dans les domaines où la compétence fédérale «va de soi». Mais qui est juge de cette prétendue évidence? La Confédération elle-même. Autant dire «quia nominor leo». Or la nécessité ou l'urgence n'est ici jamais une excuse: il suffit de recourir à l'art. 89<sup>bis</sup> Cst.;
  - la *jurisprudence du TF*, notamment de la Cour de droit public, qui, appliquée surtout à protéger – et à protéger largement – les libertés des citoyens, lamine insensiblement celles des cantons. Je me réfère à l'étude remarquable de M. PIERRE CAVIN, ancien président du TF, parue en 1980 dans les *Mélanges MARCEL REGAMEY* et citée par le rapporteur (p. 332 note 48).

L'équilibre qui est notre salut est menacé. Les Romains disaient: *caveant consules*. Je me sens pressé de dire: *caveant senatores*, et surtout: *caveant iudices*.

Dr. TOBIAS JAAG, Zürich:

Ich habe die beiden Referate der Herren SALADIN und KNAPP mit großem Interesse gelesen und bin beeindruckt von der grundsätzlichen und umfassenden Betrachtungsweise der beiden Referenten. Erlauben Sie mir, aus der weiten Thematik ein kleines Detailproblem herauszugreifen und zur Diskussion zu stellen.

Im Referat von Herrn KNAPP nimmt die Darstellung des Vollzugs des Bundesrechts durch die Kantone breiten Raum ein. In diesem Zusammenhang spielt auch die Aufsicht des Bundes über den kantonalen Gesetzesvollzug eine erhebliche Rolle. Eines der Aufsichtsmittel des Bundes ist die Genehmigung kantonalen Erlasse und Verfügungen durch Bundesbehörden. Herr KNAPP nennt als Beispiel für *genehmigungsbedürftige kantonale Verfügungen* die Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen für Ausländer (S. 366). Derartige Bewilligungen werden durch eine kantonale Behörde ausgesprochen,

bedürfen jedoch der Zustimmung des Bundesamtes für Ausländerfragen.

Bei solchen genehmigungsbedürftigen Hoheitsakten stellt sich immer die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Genehmigungsentscheid der Aufsichtsbehörde des Bundes einerseits und der kantonalen Verfügung, die genehmigt oder nicht genehmigt wird, anderseits. Es ist umstritten, wieweit der Genehmigung bzw. deren Verweigerung eigenständige Bedeutung zukommt gegenüber dem genehmigungsbedürftigen Akt. Von Bedeutung ist diese Frage vor allem für den Rechtsschutz.

Zu dieser Frage nimmt Herr KNAPP wie folgt Stellung (S. 407): Die *Erteilung* der Genehmigung ändert nichts daran, daß die kantonale Verfügung ein kantonaler Hoheitsakt bleibt; die Genehmigung macht sie nicht zu einer Verfügung des Bundes. Dem Genehmigungsentscheid kommt im Rechtsmittelverfahren keine eigenständige Bedeutung zu; er kann nicht selbständig, sondern nur gemeinsam mit der genehmigten Verfügung angefochten werden, und zwar auf dem kantonalen Rechtsmittelweg. Dem ist sicher zuzustimmen.

Anders ist die Situation dagegen bei der *Verweigerung* der Genehmigung einer kantonalen Verfügung durch die Bundesbehörde, beispielsweise also bei der Verweigerung der Zustimmung durch das Bundesamt für Ausländerfragen zu einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung des Kantons. In diesem Fall unterscheidet Herr KNAPP danach, ob die erforderliche Genehmigung durch die Bundesbehörde konstitutiv oder deklaratorisch ist. Wird die für den kantonalen Akt *konstitutive* Genehmigung verweigert, so greift nach Herrn KNAPP das Rechtsmittelverfahren des *Bundes* Platz, während im Falle der Verweigerung einer *deklaratorischen* Genehmigung das *kantonale* Rechtsmittelverfahren einzuschlagen ist.

Zu diesem letzteren Punkt möchte ich ein Fragezeichen setzen. Unabhängig davon, ob die Genehmigung durch die Bundesbehörde deklaratorisch oder konstitutiv ist, ist der *Genehmigungsentscheid* ein Hoheitsakt der Bundesbehörde. Anders als der Erteilung der Genehmigung kommt deren Verweigerung gegenüber der kantonalen Verfügung eine selbständige Bedeutung zu. Da bei der Verweigerung der Genehmigung die Entscheide der kantonalen Behörde und der Bundesbehörde sich widersprechen, können sie nicht zu einer Einheit werden. Demgemäß muß die Verweigerung der Zustimmung durch die Bundesbehörde bei derjenigen Behörde des Bundes angefochten werden können, welche der Genehmigungsbe-

hörde hierarchisch übergeordnet ist. Ich sehe nicht, mit welcher Begründung die Verweigerung der Genehmigung durch die Bundesbehörde vor einer *kantonalen* Instanz anfechtbar sein könnte. Die kantonale Rechtsmittelinstanz müßte in diesem Fall die Rechtmäßigkeit des Entscheides der Aufsichtsbehörde des Bundes beurteilen. Dies scheint mir systemwidrig zu sein, widerspricht es doch der hierarchischen Ordnung zwischen kantonalen Vollzugsbehörden und Aufsichtsbehörden des Bundes.

Herr KNAPP teilt diese Auffassung anscheinend für die *konstitutive* Genehmigung, nicht jedoch für die *deklaratorische*. Ich sehe jedoch keinen plausiblen Grund dafür, die Verweigerung einer deklaratorischen Genehmigung diesbezüglich anders zu behandeln als die Verweigerung einer konstitutiven Genehmigung. In beiden Fällen handelt es sich um einen Entscheid einer Bundesbehörde, der – wenn überhaupt – bei der übergeordneten Instanz des Bundes anfechtbar sein muß. Bedarf also eine kantonale Bewilligung der Zustimmung durch das Bundesamt für Ausländerfragen, so muß die Verweigerung dieser Zustimmung beim Eidg. Justiz- und Polizeidepartement anfechtbar sein, unabhängig davon, ob die Zustimmung konstitutiv oder deklaratorisch ist. Die Möglichkeit der Anfechtung der Zustimmungsverweigerung bei einer kantonalen Instanz ist meines Erachtens dagegen auszuschließen.

Ich wäre Herrn KNAPP dankbar, wenn er seine abweichende Meinung für die Verweigerung der deklaratorischen Genehmigung anhand eines konkreten Beispiels erläutern könnte.

Dr. PAUL ZWEIFEL, Bern:

Herr SALADIN, ich danke Ihnen. Ja, ich danke Ihnen, denn ich habe Ihr Referat verstanden. Ihr Referat als Ganzes, aber auch in seinen Teilen, ja Satz für Satz. Weil Sie als Wissenschaftler in einer Sprache schreiben, die erstens deutsch ist und zweitens klar und verständlich. Weil Sie die Wissenschaftlichkeit zu Recht nicht am Abstraktionsgrad messen, nicht am Fremdwörter-Arsenal, am präziösen und gequälten Stil, an der Vielfalt der Wortschöpfungen oder am komplizierten Satzgefüge.

Das ist gar nicht so selbstverständlich. Je länger, desto weniger. Die juristische Schriftstellerei läuft in der Tat Gefahr, viele ihrer Leser ein für allemal zu verlieren. Aus dem einfachen Grund, weil immer häufiger in einem Deutsch geschrieben wird, das der Durchschnittsjurist schlicht nicht mehr versteht.

Zum Durchschnittsjuristen zähle ich mich als Praktiker, zähle aber ganz allgemein den Rechtssetzer, den Rechtsanwender, den Politiker. Und ich komme, mit einem mitleidigen Seitenblick auf unsere welschen und Tessiner Kolleginnen und Kollegen, um die Kritik nicht herum, daß diese deutsche Juristensprache unverständlich, auch unübersetzbar ist.

Oft frage ich mich besorgt: «Ist es nicht jammerschade für so viel Geist und Zeit?» Freilich, der Geist weht schließlich wo und wie er will. Es ist der Wissenschaft unbenommen, unter sich zu bleiben, sozusagen unter ihresgleichen zu wetteifern. Will sie aber wirklich zur bloßen Selbstdarstellung verkümmern? Möchte sie denn nicht mehr zur Kenntnis genommen und gehört werden, ich meine von jenen, auf die es letztlich ankommt, die ihre Analysen, Wünsche, Anregungen und Vorschläge umsetzen, verwirklichen sollen und auch können? Dann muß sie sich aber mit ihrer Sprache wenigstens «zwischen grünen Hügeln und Träumen» ansiedeln und darf nicht dauernd in gottfernen interstellaren Räumen schweben.

Solche Voten sind am Schweizerischen Juristentag ungewohnt und ungewöhnlich, ich weiß es. Aber: *ich* habe es gesagt, damit niemand anders es sagen muß!

Prof. Dr. FRITZ GYGI, Bern:

In der gestrigen Tagung ist über die Demokratisierung sämtlicher Lebensbereiche gesprochen worden und beide, auch der welsche Referent, haben hier Vorbehalte angebracht oder ein gewisses Gegensteuer gegeben, daß die Gefahr der Zerstörung der demokratischen Grundordnung besteht, wenn man die Betroffenheits-Demokratie, hinter der ja die Minderheiten stehen, auf die Spitze treibt. Insoweit besteht ein gewisser Zusammenhang zwischen dem gestrigen und dem heutigen Thema. Es stellt sich nämlich die Frage, wie weit man mit dem Schutz der Minderheiten oder mit der Pflege der Minderheiten, die ja auch im Föderalismus gehegt werden sollen, gehen darf, ohne die Gesamtordnung zu gefährden. Und hier möchte ich nun Herrn SALADIN doch etwas Schützenhilfe leisten. Der Föderalismus hat in der jüngeren Vergangenheit doch einige Entwicklungen durchgemacht, die zu denken geben. Vor 15 Jahren haben wir in Genf über den kooperativen Föderalismus gesprochen. Heute ist von diesem kooperativen Föderalismus überhaupt keine Rede mehr. Damals ist gesagt worden, daß er ein Pleonasmus sei, weil moderner Föderalismus nicht anders



als sowohl horizontal wie vertikal kooperierend sein dürfe. Wenn das stimmen würde und wenn das Praxis geworden wäre, dann wäre das heutige Thema unnötig gewesen. Doch ist ein solcher kooperativer Föderalismus offenbar doch nie Wirklichkeit geworden. Der Föderalismus ist nie über die recht passive, retardierende Rolle hinausgekommen. Man wäre versucht, daran zu erinnern, wie von Genf aus die bekannte Polizei bekämpft wurde, die internationale Konferenzen hätte schützen sollen, da dies unnötig sei. Und als nun einmal eine solche internationale Konferenz einberufen wurde, schickte der gleiche Exponent sozusagen ein Aufgebot nach Bern, es seien Truppeneinheiten bereitzustellen, obschon man weiß, daß die Armee für solche Aufgaben nicht unbedingt geeignet ist. Nun der Zusammenhang zwischen den gestrigen und den heutigen Verhandlungen: Ich bin durchaus mit den Referenten der Meinung, daß wir, d. h. der Föderalismus, in erster Linie den Preis zu zahlen haben für die kulturellen, sprachlichen, religiösen und mentalitätsmäßigen Verschiedenheiten und die Vielfalt des Landes. Zu bedenken ist, daß, wenn wir zwar diesen Preis auch zahlen wollen, dieser Preis einmal um den gewissen Gewinn doch auch zu hoch werden kann. Es kann gleich wie bei jener Demokratisierung aller Lebensbereiche eine Grenze erreicht werden, die nicht mehr überschritten werden darf, und daß diese Grenze um so rascher erreicht ist, als der Föderalismus oder die Gliedstaaten sich eben nur defensiv verhalten und nicht selbst Leistung erbringen, von der sie nicht wünschen, daß sie zentralisiert wird. Ebensowenig darf man aber fortgesetzt Forderungen an Bern (Bundeskasse) stellen, sondern man muß gelegentlich auch etwas geben. Daran krankt meines Erachtens bis zu einem gewissen Grade unsere Einstellung zum Bundesstaat. Wir haben vielleicht immer noch eine staatenbundliche Einstellung zum Bundesstaat, und die sollte etwas überwunden werden. Ich möchte also wünschen, daß so etwas wie ein *bundesstaatliches Gleichgewicht* ein überlegenswerter Leitgedanke für das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen sein könnte. Darf ich die Referenten fragen, ob man sie so verstehen darf, und daß der Föderalismus nicht eine Einbahnstraße ist?

Prof. Dr. PETER SALADIN (Schlußvotum):

Ich danke sehr für die vielen Anregungen, die Sie uns heute morgen gebracht haben. Ich werde versuchen, in aller Kürze zu fünf

Punkten Stellung zu nehmen. Dies tue ich nur um der Symmetrie willen, weil ich eben meine, daß wissenschaftliches Arbeiten auch gewissen ästhetischen Anforderungen genügen sollte. In diesem Sinne möchte ich vorweg Herrn Vizedirektor ZWEIFEL herzlich danken für das, was er gesagt hat. Ich habe in der Tat einige Mühe auf die Sprache meines Berichts verwandt, und ich empfehle auch den Studenten und vor allem den Doktoranden immer wieder, so zu schreiben, daß es dem Leser ein Vergnügen bereitet zu lesen. Dann kommt man auch mit den Ideen durch, sonst nicht. Allerdings ist dies ein Ziel, das man als solches vor sich sehen sollte, aber von dem man weiß, daß man es nie wirklich erreicht.

Zu Herrn Dr. BRINER möchte ich bemerken, daß ich eigentlich unsere Differenz nicht recht sehe. Ich glaube nicht, daß Sie wirklich eine andere Auffassung haben als ich. Mir lag daran zu betonen, daß der Föderalismus eben ein spezifisches Prinzip sein soll, das für ein bestimmtes Land gelten soll, und daß es so etwas wie den Föderalismus schlechthin nicht gibt. Ich sehe auch nicht so recht, was es an Erkenntnis bringen würde, wenn man den Föderalismus gleichermaßen anwendete auf Staaten wie auf irgendwelche großen Unternehmungen. Ich glaube, es handelt sich hier um durchaus verschiedene Probleme.

Herr GEORG MÜLLER hat ein sehr wichtiges Problem aufgeworfen. Er hat darauf hingewiesen, daß das Bundesgericht in der Tat mit seinen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage tief in die kantonale Organisationshoheit eingreift. Das Problem erscheint mir darum so wichtig, weil wir uns hier an einer Schnittstelle zwischen dem Demokratieprinzip, dem Rechtsstaatsprinzip und dem Bundesstaatsprinzip befinden. Und von daher ist es nicht möglich, einseitige Lösungen zu finden. Ich glaube nicht, daß das Problem in der Praxis sich so zugespitzt stellt, wie Herr MÜLLER es dargelegt hat, so richtig es theoretisch gestellt ist. Denn das Bundesgericht verlangt ja eben eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinne nur für ganz bestimmte staatliche Akte: für Grundrechtseingriffe (vielleicht sogar – das ist nach der Praxis nicht so ganz sicher – nur für schwere Grundrechtseingriffe), für übrige Belastungen und für ganz bestimmte Leistungen. Und ich kann mir nicht vorstellen, daß gestützt auf das selbständige Verordnungsrecht Kantonsregierungen auch schwere Grundrechtseingriffe intendieren, aber das wäre im einzelnen noch zu untersuchen.

Ein dritter Punkt: Ich befürworte keineswegs eine generell vermehrte Zentralisierung. Da fühle ich mich etwas mißver-

standen. Ich glaube vielmehr, daß es gerade darum geht, bereichsspezifisch sehr sorgfältig, sehr differenziert zu untersuchen, was inskünftig dem Bund, was den Kantonen zufallen soll, wobei es sich teilweise um neue Aufgaben handelt, teilweise um bereits bestehende, die es unter Umständen neu zu überdenken gilt. Im übrigen ist es durchaus richtig, wenn Herr Direktor VOYAME feststellt, daß die Kantone dort, wo sie Zuständigkeiten hätten und dort, wo sie durchaus Aufgaben vor sich sehen sollten, eben zum Teil inaktiv bleiben. Ich möchte das an einem Beispiel erläutern, an einem besonders aktuellen: der Energiepolitik. Wenn die Energieinitiative nicht angenommen wird, so bleiben vorderhand große Zuständigkeiten bei den Kantonen. Aber am 1. August dieses Jahres stand nur in sechs Kantonen ein kantonales Energiegesetz in Kraft. Es hat also die große Mehrheit der Kantone hier noch nicht hinreichend legiferiert, auch wenn sie in einzelnen Gesetzen energiepolitisch wichtige Änderungen angebracht haben.

Was viertens den kooperativen Föderalismus betrifft, bin ich Herrn GYGI sehr dankbar, daß er dieses Stichwort gebracht hat. In der Tat, es ist auch mir ex post aufgefallen, daß ich davon fast nichts gesagt habe. Nun heißt das ja nicht, daß es die Kooperation nicht gäbe und nicht geben solle, keineswegs! Von Kooperation habe ich in der Tat geschrieben. Der Begriff des kooperativen Föderalismus aber, und da stimme ich Herrn GYGI durchaus zu, hat glücklicherweise die Bühne wieder verlassen. Es ist ein Un-Begriff. Er stammt aus den USA, wurde unbesehen in die deutsche Sprache übertragen und hat hier nichts zu suchen. Allerdings, und das ist nun das ernsthaftere Problem, das Herr GYGI aufgeworfen hat, ist es mit der Kooperation keineswegs zum besten bestellt. Es könnten im Verhältnis Bund/Kantone und unter den Kantonen noch sehr viel intensivere und ergiebigere Kooperationsformen gefunden werden; ich denke etwa an das Hochschulwesen, wo vermehrte Kooperation besonders not tut.

Nun der fünfte und letzte Punkt: Ich habe vom Bedürfnis nach Erneuerung, oder sagen wir vielleicht vorsichtiger: nach Reaktivierung des Föderalismus, unserer Bundesstaatlichkeit, gesprochen. Und ich meine eben, daß das vor allem geschehen kann und soll durch ein Neuüberdenken der Aufgaben, die der Staat insgesamt – da stimme ich Herrn SCHMID durchaus zu –, die aber eben auch der Bund und die Kantone spezifisch übernehmen sollten. Was uns Herr PICOT gesagt hat, bestätigt das, glaube ich, aufs Schönste. Der Ständerat – oder genauer gesagt,

das Zwei-Kammersystem – ist in der Tat in die schweizerische Verfassung gekommen als Ergebnis eines Kompromisses. Und ich glaube, es ist dies einer der spektakulärsten Kompromisse in der politischen Geschichte der USA und eben in derjenigen der Schweiz. Er war keineswegs die Folge großen philosophischen Nachdenkens, sondern eben klassischer Kompromiß, weil sich so die großen und die kleinen Gliedstaaten einigermaßen adäquat vertreten sehen konnten. Dieser Kompromiß hat aber dazu geführt, daß heute fast jedermann in der Schweiz davon überzeugt ist, daß der Ständerat, daß überhaupt das Zwei-Kammersystem so bleiben muß, wie es ist. Die Vernehmlassungen zur Totalrevision haben das sehr deutlich gezeigt, und ein Basler Kollege hat mir einmal gesagt, und er spricht da wahrscheinlich für viele: «Wenn man am Ständerat nur ein ä-Pünktchen ändern will, bin ich vehement gegen jede Totalrevision.» So verfestigt sich das Institutionelle, auch wenn es noch so kompromißhaft einmal entstanden ist. Und das zeigt mir: Wenn eine Revitalisierung möglich sein soll, kann dies eben nur durch ein gewisses Umdenken in Hinsicht auf die Staatsaufgaben geschehen. Und dieses Umdenken muß, da stimme ich wieder völlig Herrn GYGI zu, so geschehen, daß man die Probleme des Föderalismus nicht als Einweg-Probleme sieht. Föderalismus ist ein dialektischer Prozeß, der von dieser und von jener Seite ständig neu betrieben werden muß. Es braucht den Willen zum Föderalismus im Bund und in den Kantonen.

M. le Professeur BLAISE KNAPP (intervention finale):

J'aimerais remercier les orateurs qui nous ont apporté des éléments nouveaux que nous n'avions pas voulu – ou pas pu – traiter. Je pense notamment à mon collègue le Professeur MÜLLER, avec lequel je suis entièrement d'accord: les formes de la législation cantonale ne doivent pas nécessairement être les mêmes dans tous les cantons.

Je pense à M<sup>e</sup> PICOT qui nous a rappelé l'importance du bicaméralisme. Je pense à mon collègue, le Professeur SCHMID qui nous a rappelé que le problème du fédéralisme ne pouvait être isolé et que la question des finances ne devait jamais être oubliée.

Je suis, au fond, très largement d'accord avec la plupart des choses qui ont été dites ici. J'aimerais cependant donner quelques indications supplémentaires sur trois points sur lesquels j'ai senti des désaccords.



D'abord sur la base constitutionnelle de la «Loi Furgler» soulevée par mon Doyen et ami, M. CHARLES-ANDRÉ JUNOD. C'est une vieille querelle que celle de savoir si l'art. 64 de la Constitution est une base satisfaisante de cette législation puisque cette loi est manifestement une loi de droit public. Pour moi, on ne saurait oublier que l'art. 64 de la Constitution est à l'origine de plusieurs réglementations de droit public figurant dans le Code Civil et de la loi sur la nationalité suisse. Il y a là au moins une base possible de la «Loi Furgler». Mais, en réalité à mon sens, l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger est un problème relevant du statut des étrangers. Récemment j'ai découvert que je n'étais pas tout-à-fait seul de cet avis. L'Office fédéral de la justice dans un avis publié dans le JAAC 1982 N° 21 va dans le même sens; la nouvelle loi se réfère dans son préambule aussi aux pouvoirs généraux de la Confédération en matière de politique étrangère. Une fois la base constitutionnelle définie, le législateur fédéral peut être plus ou moins centralisateur. C'est ainsi que dans la nouvelle loi une grande partie de la rigidité a disparu. Mais il n'est pas certain que les cantons soient tout-à-fait heureux de devoir eux-mêmes gérer des contingents limités: il est évidemment beaucoup plus facile de dire que ce sont les «méchants de Berne» qui se sont opposés à l'octroi d'autorisations!

Ensuite, la question des compétences par nature, soulevée par M<sup>e</sup> MURET.

Je suis bien conscient qu'il s'agit là d'un problème délicat. J'ai lancé un ballon d'essai et il me paraissait intéressant d'ouvrir cette porte, car je ne crois pas que, malgré les dangers, on puisse sans autre forme de procès, rejeter la question dans les débats purement politiques.

Troisième question soulevée par M<sup>e</sup> TOBIAS JAAG, l'approbation fédérale de décisions cantonales prises en application du droit fédéral dont la réponse a été réservée à l'exposé écrit. La remarque de M<sup>e</sup> JAAG porte non pas sur les pouvoirs de l'autorité fédérale ni sur les points dont celle-ci peut se saisir mais, essentiellement, sur les voies de recours (p. 407 de mon rapport).

Il convient, à mon sens, de rappeler le cadre de la question et de faire diverses distinctions. Le problème envisagé est celui de décisions cantonales – c'est-à-dire prises par des autorités cantonales – mais soumises à l'approbation d'une autorité fédérale. Si l'on veut s'exprimer ainsi, il y a deux niveaux de décision: le cantonal sur le fond et le fédéral quant à l'exercice d'une certaine surveillance.



Nous avons aussi considéré qu'il fallait distinguer selon que l'approbation est constitutive ou non. Nous entendons par là que si l'approbation est une condition de validité de la décision, elle est constitutive (la décision n'existe pas encore tant qu'elle n'a pas fait l'objet de l'approbation fédérale, cette approbation crée la décision) et que si l'approbation est une condition du maintien en vigueur de la décision elle est simplement déclarative (la décision existe déjà, l'approbation fédérale ne fait que constater son existence et en permettre la continuité).

Une décision soumise à approbation constitutive est donc prise dans une procédure composite cantonalo-fédérale. La décision cantonale peut être l'octroi ou le refus de l'objet de la demande de décision présentée par l'administré à l'autorité cantonale. Dans un second stade, l'autorité fédérale approuve ou refuse d'approuver la décision cantonale. C'est pourquoi il m'était apparu que la décision approuvée (y compris son approbation car à défaut de celle-ci il n'y a pas de décision parfaite) restait une décision du canton et devait donc faire l'objet de recours cantonaux. Un point de vue contraire reviendrait à dire que le canton prépare une décision et que celle-ci est prise par l'autorité fédérale et elle seule. En revanche, le refus d'approbation ne me paraît devoir être porté que devant l'autorité fédérale puisque c'est elle qui a empêché la décision de devenir parfaite (c'est là la situation en ce qui concerne les autorisations de la Police des étrangers – se rapporter à la p. 366 de mon rapport – et qui font l'objet de l'étude de P. MOOR citée, notamment p. 47/48).

Une décision soumise à approbation constatatoire n'est pas une décision composite: elle est une décision cantonale valable et exécutoire sous réserve de l'approbation fédérale. L'approbation est elle-même une décision séparée. Théoriquement, on pouvait concevoir deux voies de recours: l'une contre la décision cantonale quant à la substance de la demande et l'autre contre la décision fédérale quant à l'approbation ou au refus de l'approbation; on pouvait aussi envisager de considérer que la décision de l'autorité de surveillance quant à l'approbation remplace et annule la décision cantonale, la décision de l'autorité de surveillance se substituant à celle de l'autorité surveillée et la décision étant une pure et simple décision fédérale susceptible des recours fédéraux; enfin, on pouvait estimer que le refus ou l'octroi de l'approbation ne transformant pas la décision cantonale en une décision fédérale susceptible des recours fédéraux, un recours ne devait être possible que devant les autorités cantonales.

J'ai choisi la dernière voie, non sans avoir hésité avec la première, pour des motifs d'économie de procédure et parce que le rôle des cantons m'a semblé plus important que la simple constatation par la Confédération que les administrés ont ou n'ont pas été traités conformément au droit tel que la Confédération l'interprète.

**Dr. PEIDER MENGIARDI:**

Wir sind nun am Schluß unserer Tagung angelangt. Bevor ich noch einige Dankesworte an Sie alle richte, darf ich Ihnen die Abstimmungszahlen bekannt geben. Ungefähr die Hälfte der Teilnehmer haben sich an der Abstimmung beteiligt. Davon sind 68 gegen, 53 für eine Vorverlegung, 3 haben sich der Stimme enthalten.

Und nun darf ich danken, vorerst den Referenten, die wie immer die Hauptlast unserer Tagung getragen haben; besonders danken aber möchte ich den Votanten, die dieses Jahr die Diskussion besonders belebt und intensiv gestaltet haben. Ich danke dem Organisationskomitee, insbesondere Herrn PRAPLAN, für den unermüdlichen Einsatz, für die Sorgfalt und die jederzeitige Präsenz. Mein Dank richtet sich an die Sekretäre, deren Hauptarbeit erst noch bevorsteht. Ich danke aber auch Ihnen, meine sehr verehrten Damen und Herren, für Ihre Teilnahme und das große Interesse, das Sie unserer Tagung entgegengebracht haben. Ich hoffe, daß es uns allen zusammen gelungen ist, einen interessanten und anregenden Kongreß durchzuführen.

Die Verhandlungen des Juristentages 1984 sind damit geschlossen.

**Verzeichnis der Diskussionsredner:  
Liste des participants aux débats:**

Auer, A., Genève  
Bäumlin, R., Oberwil/Simmental  
Briner-Eidenbenz, R., Zürich  
Buser, W., Bern  
Carter, P., Ascona  
Dallèves, L., Sion  
Gut, U., Bern  
Gygi, F., Bern  
Haller, W., Meilen  
Hildebrandt, W., Bülach  
Jaag, T., Zürich  
Jacot-Guillarmod, O., Berne  
Jagmetti, R., Zürich  
Junod, Ch.-A., Genève  
Knapp, B., Vézenaz  
Lendi, M., Zürich  
Linder, W., Lausanne  
Matter, F., Zürich  
Minelli, L., Forch  
Muret, Ph., Morges  
Müller, G., Untererlinsbach  
Müller, J. P., Hinterkappelen  
Picot, F., Genève  
Rhinow, R. A., Seltisberg  
Saladin, P., Bern  
Schmid, G., Basel  
Vogel, O., Thalwil  
Voyame, J., Bern  
Wildhaber, L., Oberwil  
Zweifel, P., Bern